



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guida per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>



EY
LCG
ULm

LEZIONI
SU
TEMI DEL JUS FAMILIAE

MODENA: TIPI DI NICOLA ZANICHELLI MDCCCLXXXI

✓
LEZIONI
SU
TEMI DEL JUS FAMILIAE

DI
GIUSEPPE CENERI

PROF. ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

[NOVEMBRE 1880 — FEBBRAIO 1881]



BOLOGNA
NICOLA ZANICHELLI
LIBRAIO-EDITORE-TIPOGRAFO
1881

Proprietà letteraria.

LEZIONE I.
PROLUSIONE AL CORSO

. [16 Novembre 1880]

DISCORSO PROEMIALE AL CORSO DI PANDETTE

Diritto Romano — ecco una di quelle parole, o Signori, che segnano un de' grandi momenti nella storia dello spirito umano, della civilizzazione dei popoli, del progresso del mondo.

Portiamoci per un istante col pensiero nei prischi tempi. Sorge nel bel mezzo d' Italia nostra un picciol popolo, il quale mano a mano allarga i confini della città, combatte e doma i potenti vicini, stende il suo impero al di là dei monti e dei mari, e porta insieme coll' aquile vittoriose l' impero delle sue leggi agli estremi limiti del mondo conosciuto.

Eppoi; dopo un ben lungo periodo di abbagliante splendore, tutto si sfascia e cade. I barbari invadono queste fertili terre, e alla irrompente fiumana non fanno più diga le antiche e severe virtù repubblicane, cui è sottentrata la mollezza dei costumi, la snervante corruttela dell' impero, la debolezza dello spostato e lontano potere dirigente, e quella fiacchezza che come negli individui, così nelle nazioni è foriera di morte.

E segue la notte buia, fitta, lunghissima del medio evo: e quella ben triste serie di dolorose vicende, cui

fomentarono gli amori in pria del sacerdozio e dell' impero, i rancori dappoi, — ugualmente funesti alla patria. Ma in mezzo a questa notte dei tempi ci è pur dato di scorgere una striscia di luce: — da un lato sorgono i comuni, reminiscenza del vecchio spirito repubblicano, preludio a libertà e grandezza futura; dall' altro il Diritto Romano vive di una vita latente, ma vive, e non aspetta che il soffio della scienza per sorgere di nuovo possente di tutta la maestà sua, e riapparire come sostrato di civiltà.

E fu da questa nostra Bologna — voi ben il sapete — che venne l' impulso: qui fu che lo studio delle romane leggi, uscendo da una specie di seconda infanzia, assunse la toga virile: qui che il diritto romano rifulse di nuovo splendore ad opera di quella celebre scuola che ne diffuse la scienza e il culto pel mondo.

E più tardi, quando i vecchi ordini si sfasciano — quando al principio autoritario succede quello del libero esame — quando le monarchie di diritto divino cedono il campo alla sovranità popolare — quando nella bandiera della rivoluzione si scrivono le grandi parole di libertà, di uguaglianza, di fratellanza tra gli uomini, — che vediam noi, o Signori? vediamo, in mezzo a cotanto avvicinarsi e mutarsi delle cose umane, il Diritto Romano sfidare in moltissimi dei suoi dettati cangiamenti così radicali, sottrarsi all' azione del tempo, incorporarsi, trasfondersi nei codici moderni, e oggi ancora formare l' ammirazione e lo studio degli spiriti più elevati.

Che vuol dir questo, o Signori? e come si spiega? Io vel diceva in altra delle mie prelezioni: — vuol dire che il Diritto Romano, accanto all' elemento tutto proprio,

esclusivo, individuale, seppe dar forma viva all'elemento universale, comune, umanitario: vuol dire che almeno in una parte grandissima dei rapporti di diritto privato i romani seppero incarnare i principii del giusto: vuol dire che come altri popoli vi rappresentano il genio della poesia o dell'arte, il Diritto civile invece è l'espressione più perfetta del genio romano.

Non vi dispiaccia che ci addentriamo alquanto, ma con rapidi cenni, in questo esame, che può servire di prefazione allo studio che intraprendiamo insieme.

Presso ogni popolo costituito a Stato noi troviamo l'idea di un diritto regolatore dei rapporti che ad ogni istante prendono vita tra i vari suoi membri. E questo suo diritto si atteggia a varie sembianze, assume diverso carattere presso i varii popoli in seno ai quali viene costituito. Come è egli che questo diritto, questo sistema di regole determinatrici delle relazioni di fatto, prende vita e si svolge? Quale in altri termini è il processo logico della sua formazione e del suo sviluppo?

L'inizio suo, la sua origine prima non si può (generalmente parlando), riportare ad alcun fatto esteriore. È lo spirito nazionale circolante per così dire in tutti i membri della nazione, attestato dall'uso di una lingua comune, manifestantesi negli usi, nelle costumanze, nella consuetudine, ciò che forma in certa guisa l'embrione del diritto positivo di un popolo.

La sua base è nella coscienza generale di quel popolo: la consuetudine ne è il visibile segno; la consuetudine (dico) che, secondo una felice espressione del *Puchta*, è per il popolo che l'ha stabilita uno specchio fedele che ne riflette il carattere, e in cui esso si rico-

nosce. La consuetudine adunque non genera il diritto positivo: è piuttosto il segno che lo palesa.

E in questo primo stadio della vita di un popolo (lasciate ch'io usi le descrittive ed energiche parole di *Lerminier*) il diritto si manifesta per mezzo d'atti esteriori e sensibili, per mezzo di simboli, direi quasi del dramma. L'immaginazione appartiene alla gioventù dei popoli non meno che alla gioventù degl'individui. Tutto si esprime allora con immagini, rappresentazioni, simulacri, più o meno rozzi, più o meno materiali: questi atti esterni hanno un senso profondo per le idee che vi annette il popolo che li pratica, sebbene a chi è fuori di quella cerchia potessero riuscire insignificanti o forse anco ridicoli: e la consuetudine, i costumi, *mores*, questa vita istintiva di una nazione, esprimono il diritto che in essa già vive.

Ma tosto o tardi giunge il momento in cui si fa sentire il bisogno di una espressione del diritto più marcata e precisa: in cui la consuetudine non può più bastare a regolare i rapporti giuridici che si vanno moltiplicando con variazione progressiva. Allora si comincia a sentire la necessità di dare al diritto un segno esterno e permanente che lo metta al sicuro dagli strappi delle varianti opinioni individuali. Il diritto positivo si traduce allora in caratteri sensibili, si riveste di autorità assoluta dal potere supremo dello Stato, passa dallo stadio di *consuetudine* a quello di *legislazione*. Quale ne è adunque il substrato? È il diritto già esistente: in altri termini, la legislazione nel suo primo apparire è piuttosto l'espressione che la costituzione del diritto: piuttosto il verbo, che la cosa.

Non è a credere però che la legislazione non assuma poi un' influenza reale sulla formazione del diritto positivo. Essa l' assume difatto: e questa influenza ci si rivela sotto un duplice aspetto. Imperocchè la legislazione completa il diritto positivo, in quanto lo trova esistente nella consuetudine: esso lo aiuta nel suo sviluppo progressivo.

Lo completa, per rispetto a quelle regole giuridiche che alla consuetudine non sono con sufficiente precisione determinate. Lo aiuta nel suo sviluppo, per rispetto al cangiamento del diritto positivo, che può esser richiesto dal variar progressivo dei costumi, delle opinioni, dei bisogni.

Ma questo secondo stadio, che vi ho ora descritto, conduce gradatamente ad un terzo. Il diritto positivo, che dapprima trovava la sua espressione nella *consuetudine*, che poscia è passato nella *legislazione*, diventa l' oggetto di riflessione e di studio, assume il carattere di *scienza*. « Allora (come sapientemente nota il *Savigny*) si forma una classe speciale, quella dei giureconsulti, i quali nel dominio del diritto rappresentano il popolo di cui fanno parte. Non è questa che una forma nuova sotto la quale il diritto popolare prosegue il suo corso, e da tale momento esso ha una doppia vita. I suoi principii fondamentali sussistono sempre nella coscienza della nazione: ma la loro determinazione rigorosa e le applicazioni di dettaglio appartengono ai giureconsulti.... I quali esercitano così sopra il diritto una duplice azione. L' una creatrice e diretta; perchè, riunendo in sè stessi gran parte dell' attività intellettuale della nazione, essi continuano il diritto come suoi rappresentanti. L' altra, pura-

mente scientifica: perchè essi si appropriano il diritto, qualunque sia la sua origine, per ricomporlo e tradurlo sotto una forma logica. Quest' ultima funzione dei giureconsulti ce li mostra come in una posizione di dipendenza, ed agenti sovra una materia che loro vien data. Ma la forma scientifica che essi v' imprimono, tendendo incessantemente a sviluppare e a completare la sua unità, reagisce sul diritto medesimo, gl' infonde una nuova vita organica, e la *scienza* diviene un nuovo elemento costitutivo del diritto. »

Riassumiamo. Il *diritto positivo* di un popolo si palesa da prima sotto forma di usi, di costumanze, di *consuetudine*: poscia riveste le formole più marcate e precise di *legislazione*: assume da ultimo il carattere di *scienza*. *Diritto consuetudinario*: *legislazione*: *diritto scientifico*: — ecco adunque le tre fasi diverse nelle quali viene ad attuarsi il diritto positivo di un popolo: i tre organi della sua manifestazione sensibile e concreta.

E quest' ordine d' idee, questa logica genesi del diritto positivo, trova appunto, o Signori, il suo riscontro preciso nella storica realtà della genesi, dello svolgimento, del progresso del *diritto romano*. Dalla fondazione in fatti di Roma giù venendo all' epoca della legge decemvirale, dei plebisciti, dei senatus-consulti, degli editti pretorii, delle celebri scuole dei giureconsulti: poi, caduta la repubblica, passando all' epoca delle costituzioni imperiali, all' età d' oro della scienza — miracol novo, e straordinario fenomeno codesto, del baldo vigore, della vita rigogliosa che ebbe la giurisprudenza romana per più che due secoli dell' impero, in condizioni per sè non certo propizie al libero svolgimento suo: — poi da ul-

timo scendendo all'età dei codici, e al regno di Giustiniiano, celebre (come scrisse *Gibbon*) più che per le vittorie di Belisario e di Narsete, pel monumento legislativo che porta il suo nome: — noi appunto vediamo il *diritto romano*, mostratosi dapprima sotto le forme di *consuetudine*, rivestire quelle di *legislazione*, per poi passare nel dominio della *scienza*, che alla sua volta concorse a dare alla legislazione una sfera più ampia, un più largo indirizzo.

Or bene, o Signori. Se è vero quant'io vi diceva, dovrà ancora avverarsi un altro riscontro. Dovremo cioè trovare nel primitivo diritto romano, così nel suo primo apparire sotto forma di consuetudine, come nella prima sua incarnazione legislativa, l'impronta di un diritto tutto proprio di quel popolo, e riflettente i caratteri della sua fisionomia morale.

E in fatti questo color locale, questo tipo rigoroso, esclusivo, formalistico, ci si presenta con sì marcate tinte, che anche un poco veggente non potrebbe non riconoscerlo. Vedete.

Il diritto di *famiglia* costituito sulle rigide basi della *patria potestas* e della *manus maritalis*, accentrante nelle mani del capo tutti i poteri, ha un'indole cotanto speciale, che un giureconsulto romano non dubita di affermare « hoc jus proprium est civium romanorum. » Nel diritto di *successione* questi stessi principii si riproducono. Niun limite è imposto alla volontà del padre testante: « uti legassit, ita jus esto. » E se il padre-famiglia muore intestato i *sui* soltanto, o gli *agnati*, o i *gentiles* ne raccoglieranno l'eredità. È il vincolo agnaticio, non il naturale, quello che ha importanza decisiva.

La *proprietà* (dominium) è pure un diritto esclusivo del romano, almeno quanto agl' immobili e a certe categorie di mobili, considerati come i più importanti specialmente all' agricoltura. Le *obbligazioni* dipendono da forme rigorose, da parole categoriche: tutto ciò che non è espresso non vale; tutto ciò che la formola esprime dee mantenersi — *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. — E la *procedura civile* rappresenta un combattimento giudiziario: le *legis actiones* ritraggono tutta una simbolica: i modi di esecuzione presentano il tipo della durezza spinta ai limiti estremi.

Non vi pare, o Signori, che il Diritto Romano, quale ci si rivela nelle sue prime manifestazioni sia marcato dal più incontestabile segno d' individualità tutta propria, di rigorismo tutto speciale ed esclusivo?

Ma allora ci si presenta più incalzante il problema: e come dunque accadde che il diritto romano si umanizzasse, che smettesse il ruvido dell' elemento individuale, e, senza pur perdere la speciale impronta di sua fisionomia, con larga comprensione accogliesse in suo seno regole e forme appropriate così al diritto d' ognuno da farlo riconoscere come il *commune jus*, proclamare come la *ratio scripta*?

Questo attiene e si rannoda a più cause. Principissime queste due.

Prima. Le speciali condizioni in cui Roma si trovò per lo estendersi smisurato del suo dominio, e la potente azione di una nuova magistratura, quella del Pretore, che ebbe missione di aiutare, supplire e correggere il gius civile, prima in que' casi in cui nei rapporti giuridici figurassero *peregrini*, poscia, per quella

virtù di attrazione che esercita la logica delle dottrine, anche in que' casi in cui doveva *jus dicere inter cives*. Fu così che un elemento comune, universale, umanitario penetrò negli Editti: che una specie di *jus gentium*, ma vestito alla romana, crebbe vigoroso accanto all' antico rigore del *jus civile*: che l' *aequitas* prese il posto del *jus strictum*, e la *naturalis ratio* sottentrò al formalismo esclusivo.

L' altra causa fu l' influenza della greca filosofia, che informò il lento ma sicuro lavoro dei giureconsulti, il progressivo svolgimento del diritto scientifico. Al tempo in cui si compiva la grande rivoluzione testè notata, i colti giurisperiti si dedicavano allo studio della filosofia greca, che (come nota il *Thierry*) divenne a Roma l' oggetto di una vera passione. Il lato filosofico, sotto il quale la riforma giuridica si presentava, la fece dunque accogliere con un favore che tenne dell' entusiasmo. Quelle teorie alte e ardite produssero una specie di attrazione generale; scossero il formalismo delle vecchie dottrine; diedero il soffio di vita a innumere disposizioni degli editti pretorii, i quali poi diventarono la base dei lavori di quella lunga e gloriosa schiera di giureconsulti, che tanta attività e tanta sapienza spiegarono nel successivo movimento del giure.

Ed ora non ci sarà difficile il comprendere come le Pandette, che raccolgono quanto ci resta dell' opere di quei grandi, possano formare ancora il degno oggetto dei nostri studi.

Gli è che dobbiamo in esse cercare non tanto l' espressione dell' elemento individuale del diritto romano quanto il laborioso svolgersi di quell' elemento universale che il

rende appropriabile ad ogni società civile per ciò che concerne un gran numero di rapporti del diritto privato, considerati nell'intima essenza loro, e nella loro dipendenza dai supremi principii del giusto e dell'equità naturale.

Gli è che non dobbiamo inchinarci ad un servile tradizionalismo: ma studiare in quei grandi l'arte squisita, il magistero sicuro con cui svolsero queste difficili materie, fissandone in matematiche formole le regole somme; e assimilarci, per quanto possibile sia, quell'arte e quel magistero, a fin di valercene nell'applicazione dei Codici moderni.

Gli è che fin dalle prime pagine delle Pandette noi vi troviamo scolpite queste sentenze, che è buono anche oggi, e che sarà buono tra secoli, prendere a bandiera di nostra professione: — il diritto ha nella sola giustizia suo fondamento — *est jus a justitia*: — questa non consiste solo nella esterna legalità delle azioni, ma bensì nella conformità delle azioni esteriori colla volontà ossequente ai principii del diritto — *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*: — fondamentali precetti del giure, i seguenti — *honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere*: — officio dei giurisperiti, un sacerdozio, la cui legge sta nel riverir la giustizia, nel professare altamente le massime dell'equo e del buono, nel separare il lecito dall'illecito, nell'allettare a virtù, nel seguire i dettati della vera, non della simulata filosofia — *jus est ars boni et aequi, cujus merito quis nos sacerdotes appellat: justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur; aequum ab iniquo separantes, licitum ab illi-*

cito discernentes; bonos efficere cupientes; veram philosophiam, non simulatam affectantes.

È con questo proposito, è con questo indirizzo, o Signori, che noi intraprenderemo ora lo studio delle Pandette.

I temi che vi propongo per questo corso sono della più elevata importanza. Penso di esporvi la teoria romana concernente alcuni dei precipui temi del diritto della *famiglia*, e di quello delle *successioni* nella loro duplice manifestazione di *testamentaria* ed *intestata*.

Intravedete già quanti e quanto gravi istituti dovremo abbracciare coi nostri studi. Rispetto al *matrimonio*, che Cicerone chiamava « principium urbis, et quasi seminarium reipublicae », dovremo studiarne la natura, le vecchie e nuove forme, le condizioni di sua validità, gli effetti suoi: e ci si affacciano le leggi concernenti gli sponsali e il divorzio, e le seconde nozze, e le singolari disposizioni delle celebri leggi *de maritandis ordinibus*, e quel che s'attiene al concubinato, e quel che concerne la sorte dei figli naturali, di questi infelici che portano il peso di colpe non loro. Della *patria potestas* dovremo studiare i modi onde s'acquista, e onde si perde: e il contenuto di essa e quanto alle persone, e quanto ai beni, quel contenuto che faceva dire « nulli alii sunt populi qui talem in filios habeant potestatem, qualem nos habemus. » Nel tema delle *successioni intestate* dovremo por mente ai differenti sistemi che a tanto diversi principii s'informano: e in quelle e nelle *testamentarie* dovremo occuparci di uno dei più rivelanti riscontri in cui si appalesa il potente influsso dell'organo pretorio, voglio dire le *bonorum possessiones*. Nelle

testamentarie poi avremo a studiare le forme dell'atto, le condizioni del disponente, il contenuto della disposizione, e, fra i più importanti temi, quello della legittima che è quasi un medio termine tra l'antico principio dell'arbitrio, e le esigenze del gius familiare: non che l'altro tema dei legati e fidecommessi, che i nostri classici discussero coi più acuti responsi sparsi come gemme nei relativi titoli delle Pandette.

Ampia è la tela, voi lo vedete, o Signori: ampia tanto più, in quanto per ciascuno di quei punti dovremo tener dietro a quel progressivo svolgersi degl'istituti, che risponde al movimento, più sopra accennatovi, proprio del Diritto Romano. Lunga adunque è la via. Potremo tutta percorrerla? Nissuno può dirlo: son tanti gl'inopinati e inopinabili casi « multa cadunt inter calicem supremaque labra ». Ma il proposito è tale. Potrò esservi non inutile guida? Lo spero. Ma ricordate che il più deve farlo la vostra cooperazione intelligente e solerte.

LEZIONE II.

[18 Novembre 1880]

Indole del matrimonio. — Sua distinzione in *justum e juris gentium*: — in *libero e cum manu*. — Delineazione dell'istituto della *manus*. — Modi pei quali il marito l'acquistava sulla moglie sua.

SIGNORI.

Nota è la definizione che del *matrimonio* dà Modestino nel fr. 1 de r. n. (23, 2): « *nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.* »

Scopo del matrimonio la procreazione di prole legittima, la quale possa perpetuare la famiglia, conservare i *sacra privata*, trasmettere alle più lontane generazioni la memoria e il culto dei maggiori, assodare la base del corpo sociale.

Sono assai belle queste parole di Callistrato nel fr. 220 § 3 de v. s. (50, 16), che delineano la prima parte dell'accennato scopo: « *natura nos docet, parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt contineri: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam filii, appellare. Etenim idcirco*

filios filiasve concepimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus. »

E Cicerone ne designa così la seconda parte nel libro 1° cap. 17 de Officiis: « matrimonium est principium urbis, et quasi seminarium reipublicæ: — nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium, quippe ex quo liberi, omnisque deinceps sobolis series existat, quod regiones atque civitates frequentes reddat. »

La caratteristica che distingue questa unione dall'altre, anche da quelle che adombrano una certa stabilità, come il *concubinato*, ci è indicata dalle parole della definizione « *consortium omnis vitæ*, » e da quell'altre analoghe di Giustiniano nel § 1 I. de p. p. (1, 9) « *conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens* », che accennano alla comunanza della vita durevole ed esclusiva, alla elevazione dell'amor sessuale a dignità di amor morale e personale che abbraccia e concatena tutta la vita dei coniugi. I Romani designavano ciò colla frase « *affectio maritalis*: » e Paolo nota nel fr. 4 de conc. (25, 7) questa essere appunto la caratteristica che distingue la moglie dalla concubina « *concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet*: » e altrove, nelle Rec. Sent. II. 20 « *concubina ab uxore solo dilectu separatur*. »

S' intende facilmente che vero e proprio matrimonio, *matrimonium justum*, produttore tutti gli effetti civili, e tra gli altri quello capitale di attribuire al padre la podestà sulla prole, fosse dai romani riguardato possibile solo tra cittadino e cittadina. Era ciò conforme al-

l'indole rigorosa, esclusiva, del vecchio giure romano. « Connubium (dice Ulpiano nei *Fragm. V. 4*) habent cives romani cum civibus romanis: » *connubium*, val quanto dire la « *uxoris jure ducendæ facultas*. » Occorreva una speciale concessione perchè la unione con forestieri, od anche con latini, si potesse riguardare qual vero matrimonio civile: « cum latinis autem et peregrinis ita si concessum sit: » concessione che al dire di Cajo (I. 57) sollevasi dagl' imperatori accordare ai veterani, come una di quelle tante maniere con cui gl'imperatori cercavano di amcarsi le milizie: « *veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus connubium cum his latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint: et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives romani et in potestatem parentum fiunt.* » Ciò non vuol dire però che l'unione di un romano con una forestiera, o di forestieri tra loro, se basata nella *maritalis affectio*, si confondesse dai romani colle semplici unioni passeggiere, o col concubinato. No: essa riguardavasi come un *matrimonium juris gentium*, che non poteva per verità dar vita agli effetti giuridici strettamente quiritarii, ma che non cessava però di produrne di importanti. Per esempio, quella celebre presunzione legale « *pater est quem nuptiæ demonstrant*, » applicavasi anche a cotale specie di matrimonio.

A lato di questa distinzione — *matrimonium justum* e *matrimonium juris gentium*, — ne abbiamo un'altra assai rilevante: accenno a quella del matrimonio *libero*, e del matrimonio *cum manu*.

Nel matrimonio *libero* la condizione giuridica della

donna rimaneva qual'era prima del matrimonio. Trattavasi d'una figlia-famiglia? Essa restava soggetta alla podestà del padre suo. Trattavasi di donna *sui juris*? Non si operava pel matrimonio alcun cangiamento nè nella sua capacità di acquistare e di obbligarsi, nè in rapporto ai beni che essa possedeva: meno quello speciale rapporto che prendeva vita per la costituzione della *dote*.

Nissuna formalità era richiesta per dar vita al matrimonio di questa specie. L' *affectio maritalis*, ossia il consenso, in qualsiasi forma manifestato, includente codesta *affectio*, e la *deductio mulieris in domum mariti* — ecco tutto. Certo si sollevano le nozze contornare di estrinseche solennità, di forme graziose e simboliche, di allusioni mitologiche che ci sono ricordate dai poeti, e in parte ancora dai giureconsulti. Il *flammeum* che velava la sposa, la conocchia, il fuso, il filo che essa portava, i drappi e le verdi foglie che ornavano la casa maritale, le chiavi che le si rimettevano, le parole consacrate « ubi tu Cajus, ibi ego Caja, » il ricevimento coll'acqua e col fuoco, ricordatoci da Scevola nel fr. 66 § 1 de don. int. v. et ux. (24 I.), — erano tutte estrinseche forme, la cui pompa aumentava a seconda della fortuna e della posizione degli sposi, e che solevansi usare: ma esse non erano più necessarie alla validità del matrimonio, di quello che il siano ai dì nostri il velo che cuopre il volto della fidanzata, o la corona di fiori, o la festa e il ballo che seguono l'imeneo. Non solo all'epoca dei vecchi giureconsulti, ma anche a quella di Giustiniano, il principio rimase: « si pompa atque nuptiarum celebritas ommittatur nullus existimet

ob id deesse recte alias initio matrimonio firmitatem; » tale è la massima che Giustiniano riportò nel suo Codice, L. 22 de nupt. (5, 4).

Or brevemente del matrimonio *cum manu*. Per *manus* s' intende quella specie di *potestas* che competeva al marito sulla moglie, simile assai a quella che al padre competeva sui figli, e che va distinta colla denominazione di *patria potestas*. Questo dritto della *manus* ci è designato da Cajo (I, 108) come strettamente quiritario, « *jus proprium civium romanorum*, » e l'assoggettamento ad essa importava una *minima capitis deminutio*. Appare da Cajo (I, 162), e da questo passo di Ulpiano (Fragm. XI, 13): « *minima capitis deminutio est, per quam, et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur; quod fit adoptione, et in manum conventionem*. » Per essa adunque si scioglievano i vincoli della famiglia da cui usciva la donna, e questa entrava a far parte della famiglia del marito. Omai la sua posizione giuridica era questa: di venire essa considerata come *figlia* del marito, *sorella* dei figli di lui, *nipote* dello suocero, se il marito stesso era *in potestate patris*. « *In familiam viri transiebat* (dice appunto Cajo, I. III), *filiaeque locum optinebat*. » E altrove (III. 14): « *sororis nobis loco est etiam mater aut noverca quæ per in manum conventionem apud patrem nostrum jura filiae nacta est*. » E così (II, 159): *nurus, quæ in manu filii est, neptis loco est*. »

Insieme alla persona, anche i beni della donna *in manum conventa* passavano al marito: « *ejus res ad nos transeunt* » ci dice Cajo II, 98: e altrove, III. 83, ha cura di notare che per *res* qui s' intendono così le

corporeales come le *incorporales*, così la proprietà come i crediti. Era dunque una *successio* che aveva qui luogo: il preesistente diritto di proprietà o di credito seguitava a sussistere nella obbiettività sua: solo se ne cambiava il soggetto. E lo stesso giureconsulto ci dice che cotale *successio* non fu introdotta « neque lege XII tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure quod consensu introductum est, » val quanto dire per giure consuetudinario.

A guardare la cosa da un puro punto di vista logico parrebbe s'avesse avuto a dire, che come il marito succedeva nell'attivo della moglie in *manum conventa*, così dovesse pure succedere nel passivo. Quel che Paolo lasciò scritto nel fr. 10 de r. j. (50. 17), « secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, » dovrebbe pur sempre valere anche in senso inverso. Eppure non è così che procedevan le cose in antico diritto romano: e da Ulpiano (fr. 2, § 2 de cap. min. 4, 5) e da Cajo (IV, 38) impariamo, che la obbligazione civile della donna (come quella di colui che si lasciava *arrogare*) riducevasi pel passaggio in *manum* a semplice obbligazion naturale, sicchè il creditore perdeva l'azione sua: « desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere licet dare eum eamve oportere. »

Il Pretore sentì quanto vi era d'ingiusto in disposizione siffatta, e la corresse con quella clausola dell'Editto che ci è riferita da Ulpiano nel cit. fr. 2, § 1. Ed è appunto riferendosi a questa clausola dell'Editto che Cajo alle testè riportate parole aggiunge queste altre: « sed ne in potestate ejus sit jus nostrum cor-

rumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, idest in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse. » La conseguenza pratica di quest' *utilis actio* ci è indicata così dallo stesso giureconsulto, III, 84: « si adversus hanc actionem non defenduntur, quæ bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus Prætor permittit. » Che è quanto dire, il marito che aveva acquistato per la *in manum conventio* della donna i beni di lei, dovette d'allora in poi rispondere dei debiti da essa incontrati, ma risponderne *non ultra vires*, dentro i limiti cioè dell'entità patrimoniale acquistata.

Ed ora all'ultimo dei punti che vi ho accennati nel programma di questa lezione. Per quali modi il marito acquistava la *manus* sulla moglie sua? Cajo li enumera così nelle sue Istituta, I, 110: « olim itaque tribus modis in manum conveniebant, *usu, farreo, coemptione*. » Discorriamone con rapidi cenni.

La *confarreatio* aveva un carattere religioso. Il gran pontefice, assistito dal *flamen dialis* e da dieci testimoni, quasi rappresentanti delle dieci curie, consacrava il matrimonio pronunziando una formola solenne, e sacrificando una focaccia di farina, *farreum*, donde questo modo di acquisto della *manus* ha tratto il nome. Ecco la descrizione che ce ne dà Cajo (I, 112): « *farreo* in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod salso farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam *confarreatio* dicitur: sed complura præterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, præsentibus decem testibus, aguntur et fiunt. »

Questo rito religioso e solenne ci viene da Cajo indicato come tuttora in uso ai suoi tempi; ed egli osserva che certe categorie di sacerdoti non si sceglievano che tra nati da nozze contratte per confarreazione, ossia tra quelli che al dire di Aulo Gellio (N. A. I, 12) chiamavansi *patrimi* e *matrimi*. « Quod jus (son parole di Cajo nel luogo citato) etiam nostris temporibus in usu est: nam flamines majores, idest diales, martiales, quirinales, sicut reges sacrorum, nisi sint confarreati nuptiis nati, inaugurari non videmus. » Anche Ulpiano (Fragm. IX) ci parla della *confarreazione* come di solennità tuttora adoperata al suo tempo: in fatti egli ne parla al presente: « farreo *convenit* uxor in^{te} manum certis verbis, et testibus X præsentibus, et sollemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur. » Però abbiamo la testimonianza di Tacito (Ann. IV. 16) il quale ci dice che già fin dal tempo di Tiberio si durava fatica a trovare di questi *patrimi* e *matrimi*, per esser dismessa o poco ritenuta la cerimonia del confarreare: « neque adesse ut olim eam copiam, ommissa confarreandi adsuetudine aut inter paucos retenta. »

Se la *confarreatio* aveva carattere religioso, la *coemptio* aveva carattere puramente civile. Consisteva essa nella forma della *mancipatio* applicata al passaggio della donna *in manum viri*: o in altri termini, era una simbolica vendita che la donna faceva di sè stessa al marito, assistita dal padre suo o dal suo tutore, e colle solennità della mancipazione. Anche codesto modo ci viene così segnalato da Cajo (I, 113): « *coemptione* in manum conveniunt per mancipationem, idest per quamdam imaginariam venditionem, adhibitibus non minus

quam V testibus civibus romanis puberibus, item libri-
pende una cum muliere eoque cujus in manum con-
venit. »

Ed ora supponiamo, o Signori, un matrimonio senza *manus*. L' uomo e la donna si sono uniti in matrimonio, ma senza la religiosa forma della *confarreatio*, e senza la civile solennità della *coemptio*. Ebbene: quel matrimonio si trasmutava da matrimonio *libero* in matrimonio *cum manu* a mezzo dell' *usus*, ossia se per un anno intero la moglie era rimasta presso il marito. Era, ben lo si vede, l' idea dell' *usucapio* tradotta dalla sfera del *jus rerum* a quella del *jus familiae*. Come il possesso si cambiava per l' usucapione in proprietà romana; « usucapio (dice Ulpiano XIX, 8) est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, immobilium biennii: » così la continuata convivenza della donna col marito in matrimonio libero per un anno intero faceva acquistare al marito la *manus*, produceva cioè quell' effetto che avrebbe per sè, e fino dal primo istante, prodotto la *confarreatio* o la *coemptio*. Odasi qui pure Cajo (I, 111); « *usu* in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat; quæ enim velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transiebat, filiaque locum optinebat. »

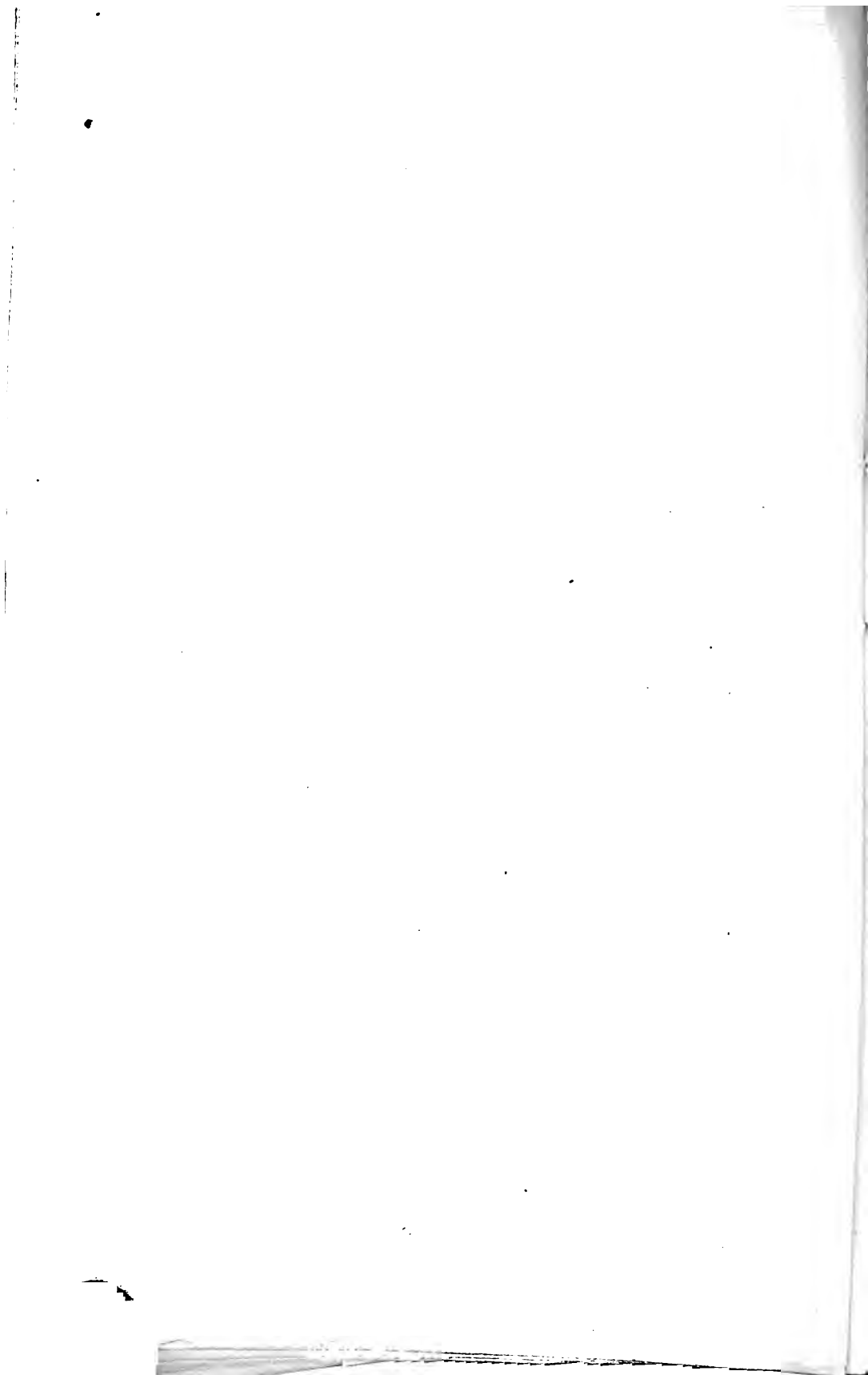
Le XII Tavole che trovarono già in essere questo diritto, sancirono la maniera di prevenire cotale effetto dell' *usus*, stabilendo che l' usucapione rimanesse interrotta se per tre notti la donna si fosse assentata dalla casa maritale, riducendosi (ben inteso) a questo effetto in luogo che non potesse dar campo a legittimo sospetto. « Itaque (così Cajo prosegue) lege duodecim tabularum

cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interromperet. » Era, come vedete, la logica applicazione dell'idea di usucapione: la quale, come in fatto di cose rimaneva impedita per la interruzione del possesso (*usurpatio*), così in tema di *manus* rimaneva interrotta per questa trinoziale assenza. E fin la parola *usurpatio* venne qui usata. Così Quinto Mucio (lo impariamo da Aulo Gellio N. A. III, 2) insegnava non essere sufficiente a tale interruzione l'assenza di tre notti, quando l'ultima di esse facesse parte del compleanno; ed esemplificava la cosa in questa guisa: se il matrimonio ebbe luogo il 1° gennajo, e la donna si assentò dalla casa del marito il 29 dicembre, poi vi tornò il 1° gennaio susseguente, l'interruzione trinoziale non è avvenuta, « quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex calendis »: e ad esprimere questa non avvenuta interruzione, usava la frase « non esse usurpatam mulierem. »

Del resto, lo stesso Cajo ci dice che al tempo suo tutto questo diritto concernente gli effetti dell'*usus* in rapporto al matrimonio era scomparso, parte in virtù di legge, e parte in conseguenza di desuetudine: « sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. »

E quel che accadde dell'*usus*, accadde più tardi dello intero istituto della *manus*, che a poco a poco scomparve come non più in armonia coi cangiati costumi, colle mutate idee. Nella legislazione giustiniana il solo matrimonio *libero* omai figura come istituto vigente: la *manus* è passata allo stato di storico ricordo.

Vi ho delineato, o Signori, il concetto di *matrimonio* secondo le idee romane. Ora interessa che studiamo la varia natura degl' impedimenti, che nei diversi periodi della loro legislazione i romani riguardarono come ostativi al contrarsi di giuste nozze. È uno studio che cominceremo nella riunione ventura.



LEZIONE III.

[23 Novembre 1880]



Impedimenti al matrimonio derivanti da differenza di condizione sociale. —

Esposizione dei principali testi che segnano il movimento storico di essi.

Nelle leggi decemvirali fu scritto il divieto di nozze tra la classe *patrizia* e la *plebea*, divieto che è da credere rimonti ad epoca più antica, giacchè ritrae appunto dell' indole della repubblica romana nei primi tempi, ne' quali l' elemento aristocratico aveva un predominio assoluto. Cicerone nel libro 2, capo 37 De Republica stigmatizza quel capo della Legge delle XII Tavole con queste significanti parole: « qui (decemviri) duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus, etiam quæ dijunctis populis tribui solent conubia, hæc illi ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt. » Fu il tribuno della plebe Canuleo, che nell' anno 309 di Roma propose e fece passare un plebiscito in forza di cui quella legge rimase abrogata: « quæ postea (prosegue a dir Cicerone) plebei scito Canulejo abrogata est. »

Tito Livio nel libro IV delle sue storie ci ha conservato e l' invettiva dei Consoli contro il Tribuno in Senato, e la fiera risposta che questi fece innanzi al po-

polo. A sentir quelli, la invocata communion del conubio tra patriziato e plebe era cosa pressochè mostruosa: « conluviem gentium, perturbationem auspiciorum publicorum privatorumque adferre, ne quid sinceri, ne quid incontaminati sit, ut discrimine omni sublato nec se quisquam, nec suos noverit. » Ma i superbi detti così Canuleo ripulsava: « an esse ulla major aut insignitior contumelia potest, quam parte civitatis velut contaminatam indignam conubio haberi? » E perchè allora, proseguiva il Tribuno con potente ironia, non proibite ancora « ne sit conubium divitibus ac pauperibus?... cur non sancitis ne vicinus patricio sit plebejus, ne eodem itinere eat, ne idem convivium ineat, ne in foro eodem consistat? » Il contegno del popolo fu al dire di Livio così risoluto intorno a questo affare, che il Senato si vide costretto ad annuire: « victi tandem patres ut de conubio ferretur consensere. »

Ma se questo impedimento fu tolto, un altro per lungo tempo rimase nelle leggi romane, dipendente pur esso dalla diversità di condizione sociale: voglio dire, il divieto di connubio tra *ingenui* e *libertini*. Infatti anche nell'anno 566 di Roma noi vediamo il Senato accordare tra altri premii alla libertina Fecenia Ispala pur questo, « uti ei *ingenuo nubere* liceret, neu quid ei qui eam duxisset ob id fraudi ignominiaeve esset » (Liv. XXXIX, 19), in benemerenza di avere rivelato i misteri dei Baccanali, la cui repressione diè luogo a quella tremenda strage che ci vien descritta da Livio, e succintamente così da Valerio Massimo Lib. 6, c. 3: « a quibus (cioè dai Consoli cui fu dal Senato ingiunto « ut de iis, que sacris Bacchanalium incestu usæ fue-

rant, inquirerent») cum multæ essent damnatæ, in omnes cognati intra domos animadverterunt, lateque patens opprobrii deformitas severitate supplicii emendata est. » Fu la legge Papia Poppea, complemento della legge Giulia *de maritandis ordinibus*, che, imperante Augusto, tolse il divieto, fermo tuttavia lasciandolo pei senatori e per la discendenza loro: « lege Papia cavetur (così scrive Celso nel fr. 23 de rit. nupt. 23, 2), omnes ingenuos, præter senatores eorumque liberos, libertinam uxorem habere licere. »

Due cose però dobbiam qui notare. Una, che, anche fuori del rango senatorio, rimaser vietate le nozze della patrona o della discendente del patrono col liberto, come pure quelle della vedova col liberto del già suo marito: « mulier (così Papiniano nel fr. 62, § 1 de r. n.) liberto viri ac patroni sui *mala ratione conjungitur*. » E gli imperatori Severo ed Antonino, proclamando nella L. 3 C. de nupt. (5, 4) « hujusmodi conjunctiones odiosas, » autorizzano contro il liberto che avesse osato di contravvenire al divieto il procedimento penale, che a detta di Paolo (R. S. II, 19 § 9) poteva avere per risultato *pro dignitate personæ* la *metalli pœna* o quella *operis publici*. Solo, come impariamo da Ulpiano (fr. 13 de r. nupt), si faceva eccezione pel caso, che la patrona stessa fosse di sì basso stato da doversi considerar come oneste anche le nozze sue col liberto, del che sarebbe stato apprezzatore il giudice; « si patrona tam ignobilis sit ut ei honestæ sint vel saltem liberti sui nuptiæ, officio judicis super hæc cognoscentis hæc prohiberi non debent. »

L'altra cosa da notarsi è, che il divieto di nozze tra persona di rango senatorio e persona manomessa da

schiavitù era d' indole tale, che perdurava ancora sebben quest' ultima fosse per adozione entrata nella famiglia di un ingenuo. È il giureconsulto Marcello che cel ricorda nel fr. 32 de r. n.: « sciendum est, libertinum, qui se ingenuo dedit arrogandum, quamvis in ejus familia ingenui jura sit consecutus, ut libertinum tamen a senatoriis nuptiis repellendum esse. » Ma d' altro lato è pur vero che codesto divieto era suscettibile di esser tolto per indulto sovrano: « si senatori (ci dice Ulpiano nel fr. 31 eod. tit.) indulgentia principis fuerit permissum libertinam justam uxorem habere, potest justa uxor esse. »

Del resto, cotale divieto non produceva veramente da prima la nullità assoluta del conjugio: il suo effetto era più mite: importava soltanto che la persona di rango senatorio congiunta a persona manomessa da schiavitù, e così quest' ultima, non si considerassero esenti dalle pene del celibato per ciò che avea tratto al *jus capiendi*; *arg.* Ulp. Fragm. XVI, § 2, « aliquando nihil inter se capiunt: idest si contra L. J. Pap. Pop. contraxerint matrimonium, v. g. si famosam ingenuus uxorem duxerit, libertinam senator. » Fu un senatusconsulto del tempo dell' imperator Marco, che pronunziò la nullità assoluta di tali nozze. Lo impariamo da Paolo nel fr. 16 pr. de r. n.: « Oratione divi Marci cavetur, ut, si senatoris filia libertino nupsisset, *nec nuptiæ essent*; quam et Senatusconsultum secutum est. » Si ebbe così, direi quasi, un rincrudimento delle leggi Giulia e Papia Poppea; e una volta entrati in questa via si giunse per fino al rigore di considerare come disciolto il matrimonio di libertino con libertina, se quegli veniva poscia

elevato a rango senatorio. Ma a Giustiniano questo rigorismo, e ben a ragione, non piacque. Ecco le enfatiche parole della L. 28 C. de nupt. con cui lo tolse: « nos igitur Dei sequentes judicium non patimur in uno eodemque connubio mariti felicitatem uxori fieri infortunium, ut quantum vir in altum tollatur, tantum et conjux ejus decrescat, immo magis penitus depereat. Absit itaque a nostro tempore hujusmodi asperitas, et firmum maneat matrimonium; et uxor marito concre-scat, et sentiat ejus fulgorem, stabileque maneat matrimonium, ex hujusmodi superventu minime deminutum. » E di lì a poco procedette a più radicale misura: abolì cioè del tutto l'impedimento con quella stessa Novella dell'anno 539, 78ª, colla quale sancì che la manumissione importasse per sè la pienezza dei dritti civici: « si vero quis libertam ducere et legitimam uxorem facere voluerit, *cujuscumque dignitatis sit*, nuptialia instrumenta conficiat. »

Nè la legge Giulia proibì soltanto ai senatori e ai loro discendenti agnati di congiungersi in matrimonio con una libertina; ma proibì loro altresì le nozze con tale una donna che fosse comparsa sulle scene esercitando l'*ars ludicra*, o i cui genitori avessero esercitata tale arte: come per converso le figlie o nipoti agnate di senatori non doveano sposarsi a libertini, o commedianti, o figli di commedianti. Paolo ci ha conservato il testo della legge nel fr. 44 pr. de r. n.: e Ulpiano lo riassume, aggiungendo che la legge stessa proibì ai senatori e figli loro di condurre in moglie una meretrice: Fragm. XIII, § 1: « Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas, et quæ

ipsæ, quarumve pater materve artem ludicram fecerit, idem corpore quæstum facientem. »

Agl'ingenui non di rango senatorio la legge Papia, siccome vedemmo, permise di sposar libertine: ma Ulpiano enumera queste classi di persone tra le quali per la legge Giulia non dovean scegliersi la sposa: loc. cit. § 2: « ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et judicio publico damnatam, et quæ artem ludicram fecerit; adjicit Mauricianus, et a Senatu damnatam. »

Era naturale il supporre che questi stessi divieti, dettati per gli ingenui non di rango senatorio, dovessero a più forte ragione valere pei senatori. Ma la legge non era molto felice nelle espressioni sue, sicchè ci fu d'uopo della interpretazione dei prudenti per mettere fuor di contrasto quel che vediamo ricordato da Paolo nel fr. 43, § 8 de r. n., « eas quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, senatores non ducent. »

Ma avvertiamo qui pure ciò che già notammo intorno alle vietate nozze tra persone di rango senatorio e persone manomesse da schiavitù: e cioè che la sanzione delle leggi Giulia e Papia non era già quella dell' assoluta nullità di tali conjugii, ma quella bensì di riguardar come *cælibes*, quanto a capacità di ricevere per testamento, le persone che si fossero unite in matrimonio contro il divieto. Non fu che in seguito, per applicazione estensiva dell' *Oratio divi Marci*, che Modestino potè dire nel fr. 42, § 1 de r. n. « si senatoris filia, neptis, proneptis libertino, vel qui artem ludicram exercuit, cujusve pater materve id fecerit, nupserit,

nuptiae non erunt. » Costantino sviluppò questo concetto in modo più completo, ma però sempre in ordine ai matrimonii di persone di rango senatorio: e la sua costituzione, che è la L. 1. C. de nat. lib. (5, 27), fu poi meglio ancora precisata dagli imperatori Valentiniano e Marciano colla L. 7. C. de inc. nupt. (5, 5).

Che discende da ciò? Questo: che dunque, rispetto agl'ingenui non di rango senatorio, i loro matrimonii colle persone indicate nella legge Giulia non furono colpiti di nullità assoluta, ma non valsero a sottrarre dalle pene del celibato, quanto a capacità di ricevere per testamento, i contravventori. Sicchè cotali divieti, rispetto a loro perdettero ogni importanza pratica per quelle successive leggi degl'imperatori cristiani, che si riscontrano nel titolo 16, libro 8 del Codice Teodosiano, e nel 58 libro 8 del Giustiniano, e che furon dettate: « *ad infirmandas poenas cœlibatus.* »

E anche il rinforzato divieto pei senatori scomparve, ma in conseguenza di altre disposizioni. Giustiniano, invaghitosi di Teodora ch'egli trasse dal circo e da qualche peggior luogo, ispirò a suo zio, l'imperatore Giustino, quella legge 23, C. de nuptiis che promette un facile indulto pei matrimonii di senatori con donne che abbiano esercitata l'*ars ludicra*. E più tardi, diventato egli stesso imperatore, stabilì che anche senza rescritto speciale si potessero da senatori o da dignitarii qualsiasi sposare cotali donne, purchè il matrimonio si facesse risultar da scrittura: « *neque, si gravissimis dignitatibus qui illas duxerint decorati sint, indigeant imperialibus rescriptis, sed ex suo arbitrio nuptias celebrent, nuptialibus nimirum instrumentis inter ipsos factis* »

Fin qui non aveva egli parlato che delle commedianti: ma di lì a qualche anno gli parve di non essere stato liberale abbastanza in tale materia, ed abrogate le leggi di Costantino e Marciano, permise in generale a tutti « quibuslibet magnis dignitatibus or-
nentur, » di sposare omai quella donna qualunque che loro piacesse, foss' anche la più *abjecta*, purchè il matrimonio seguisse « instrumentis dotalibus factis. » Tale è il contenuto della Nov. 117, cap. 6, che è, come vedete il tratto di penna dato, dopo tante vicende e tante fasi, agl' impedimenti nascenti da differenza di condizione sociale, e segna per così dire la più marcata espressione della democratizzazione del matrimonio.

LEZIONE IV.

[30 Novembre 1880]

Impedimento al matrimonio, nascente da parentela legittima e naturale. —

Esposizione dei principali testi: ed in ispecie di quelli che segnano le varie fasi dell' impedimento in ordine alle linee collaterali.

Osserva giustamente il *Gibbon*,¹ che un istinto quasi innato ed universale appare aver proibito gl' incestuosi commercii di generanti e generati nella serie infinita delle linee discendenti. Quella regola comune a quasi tutte le nazioni civili, notata da *Montesquieu*,² e ricordata da *Troplong*,³ che cioè la famiglia non deve trovare nel suo proprio seno gli elementi di una famiglia nuova: regola raccomandata a ragioni e di alta moralità, e di fisiologia;⁴ è così generalmente sentita per ciò che riguarda i rapporti di genitori a figliuoli, che, salvo rare eccezioni, noi la vediamo fin dai tempi più remoti e dovunque applicata. Che i Tartari potessero sposare le loro figliuole, come Prisco ci narra di Attila che avrebbe appunto sposato la figlia Esca, ciò vuolsi ascrivere alla rozza barbarie di quella gente: che presso gli Assiri e i Persi fossero riguardate come onorate

¹ *Decline and fall of the R. E.* ch. 44.

² *Esprit des lois* XXVI, ch. 14.

³ *Inf. du christ.* 2, partie ch. 5.

⁴ *Ahrens Cours, de Dr. nat.* Ed. Bruxelles 1850 pag. 461.

nozze, al dir di Filone, quelle tra madre e figliuolo, vuolsi ascrivere a strane deviazioni dal naturale diritto, suggerite da storte idee religiose. Sono delirii che non trovan riscontro negli usi comuni delle genti: e si può ben dire con *Hegel*¹ che a congiungimenti siffatti si oppone il sentimento di vergogna, e che quest'orrore è giustificato dalla nozione stessa della cosa.

Presso i Romani il rapporto di generante a generato ha sempre importato per tutte le serie delle generazioni un impedimento assoluto alle nozze. « Inter parentes et liberos (così Ulpiano con stringata formola, *Fragm. V, 6*) infinite, cujuscumque gradus sint, conubium non est. » E Cajo (*I. I, 59*), e Giustiniano (§ 1 *I. de nupt. I, 10*) chiaman « *nefarias atque incestas* » nozze siffatte.

Nella linea collaterale queste stesse ragioni naturali di divieto si fanno sentire, benchè per verità non al grado medesimo, fra quelle persone che immediatamente discendono da uno stipite comune. È la natura stessa che colla sua voce potente si oppone a che l'amore fraterno si traduca in amor maritale. La legge mosaica pronunzia questo anatèma:² « maledetto sia chi giace con la sua sorella, figliuola di suo padre; o figliuola di sua madre: » e all'anatèma mosaico fa riscontro la sentenza ciceroniana³ che qualifica di *nefarium stuprum* il congiungimento del fratello colla sorella. Trovo in Plauto una felicissima frase atta a significare l'istintivo ritegno che pone natura a che l'amore fraterno si traduca in rapporto sessuale. La scena è nel *Curculio*

¹ Filosofia del Diritto § 108.

² Deuteron. XXVII, 22.

³ De Divinat. Lib. I.

(Act. I, sc. 1). Un personaggio, Palinuro, chiede all'altro, Fedromo, se la sua bella condiscenda alle sue voglie: « *jamne ea fert jugum?* » e Fedromo risponde malinconicamente « *tam a me pudica est, quasi soror mea sit.* » Vero che qui ancora troviamo di quelle deviazioni dal retto senso naturale che abbiamo testè rimarcate in ordine ai conjugii tra ascendenti e discendenti. Così degli Ateniesi si narra che non avessero per turpe cosa i matrimonii tra fratelli e sorelle: così si narra degli Egiziani e di altri popoli.¹ Ma quanto ai Romani gli è certo che sempre proibirono cotali nozze. « *Sane (così dice Cajo I, 61) inter fratrem et sororem prohibitæ sunt nuptiæ, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum.* » E Giustiniano ripete lo stesso nelle sue Istituta, § 2 de nupt. I, 10.

Nella stessa linea collaterale allarghiamo alquanto la cerchia. È chiaro che più ci scosteremo dallo stipite comune, più si rallenteranno i vincoli di parentela, e più ancora s' illanguidiranno quelle ragioni di divieto che sopra notammo. Allora si presenta il problema più di ragion civile che di naturale: — a qual grado deve arrestarsi la barriera che separa i parenti dai parenti? a qual grado l'amore potrà prendere il posto dell'amicizia?

Supponiamo che una delle due persone del cui possibile matrimonio si tratta discenda immediatamente dallo stipite comune, e l'altra ne discenda solo per via mediata. Trattisi in una parola di *zii* e *nipoti*. Sarà permesso il conjugio? I Romani per lungo tempo il ne-

¹ Alex. ab Alexandro Genial. Dier. I, 24.

garono in modo assoluto. Essi considerarono che la persona immediatamente congiunta collo stipite comune, lo zio o la zia, tiene in certo modo luogo di *parens* alla nipote o al nipote, e ai discendenti da essi. È quello speciale rapporto che i moderni designano col nome di *respectus parentelæ*, e che fece in antico proibire le nozze tra le suddette persone, sia che si trattasse di figli o figlie o discendenti di fratello, sia che di discendenti da sorella. La maggiore o minore distanza di una delle due persone dallo stipite comune non faceva scomparire il divieto, se l'altra si trovava immediatamente connessa allo stipite. Così Paolo ci dice nel fr. 39 pr. de rit. nupt. 23, 2, « sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum. »

Ma nell'epoca imperiale ecco ciò che avvenne, o Signori. Claudio s'innamora di Agrippina, figlia di suo fratello Germanico. Un cortigiano, Vitellio, s'incarica d'indurre il Senato a stabilire che l'interesse della cosa pubblica esige ch'egli la sposi. E il servile Senato non solo si presta a questa brutta scena, ma generalizza il decreto, e fa scomparire la proibizione del conjugio tra zio e figlia di fratello. Il racconto ci è fatto da Svetonio¹ con queste incisive parole: « inlecebris Agrippinæ, Germanici fratris sui filiæ, per jus osculi et blanditiarum occasiones pellectus in amorem, subornavit proximo senatu qui censerent, cogendum se ad ducendam eam uxorem, quasi reipublicæ maxime interesset, dandamque ceteris veniam talium conjugiorum, quæ ad id tempus incesta habebantur. Ac vix uno interposito die,

¹ Claud. 26.

confecit nuptias. » Bisogna leggere in Tacito¹ codesta scena: par proprio di assistervi in persona; e non possiam trattenerci da un senso di ribrezzo al vedere g'inviverecondi amori del principe ipocritamente tradotti a ragione di pubblico interesse, e il primo corpo dello Stato cambiare per causa di tal genere le basi del giure vigente!

Si ebbe così questa strana anomalia, di nozze permesse tra lo zio paterno (*patruus*) e la nipote: e di nozze vietate tra lo zio materno (*avunculus*) e la nipote; come pure tra il nipote e la zia paterna o materna che fosse (*amita* o *matertera*). In Ulpiano, *Fragm.* V. 6, e in *Cajo I*, 62, trovate l'accento di tale anomalia. « *Fratris filiam (così ci dice quest'ultimo) uxorem ducere licet: idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset: sororis vero filiam uxorem ducere non licet: et hæc ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet.* »

Al dire di Svetonio e di Tacito pare che sul principio, non ostante il *senatusconsulto* che tra lo zio paterno e la nipote permetteva le nozze, l'esempio di Claudio non trovasse che scarsissimi imitatori. « *Non repertis (dice Svetonio) qui sequerentur exemplum, excepto libertino quodam, et altero primipilari, cujus nuptiarum officium et ipse cum Agrippina celebravit.* » E Tacito: « *nec tamen repertus est nisi unus talis matrimonii cupitor, T. Allodius Severus, eques romanus, quem plerique Agrippinæ gratia impulsum ferebant.* »

¹ Ann. XII, 5-7.

Convien credere però che questo ritegno in progresso di tempo svanisse. Lo argomento dal modo con cui ne parlano Cajo ed Ulpiano: « *in usum venit,* » « *nunc licet.* » Ancora lo deduco da questo, che si ebbe bisogno di speciali disposizioni per tener ristretto il permesso alle nozze tra zio paterno e nipote, e non estenderlo allo zio materno, « *et hæc ita principalibus constitutionibus significantur,* » come Cajo si esprime: segno evidente che non solo si era generalizzato il costume di conjugii tra *patruum* e *neptem*, ma che si cercava di allargare la cerchia di applicabilità del *senatusconsulto* fuori dei suoi termini letterali. Soprattutto poi lo argomento dalla gravissima pena, nientemeno che la capitale, minacciata da Costanzo e Costante nel 342 a chi si unisse alla figlia di fratello o di sorella. Abrogarono, ben lo si vede, quegli imperatori il *senatusconsulto* claudiano: ma l'esorbitante pena della sanzione accenna piuttosto alla frequenza, che alla rarità dei casi. Ecco la costituzione loro che si legge nel Cod. Teodosiano n. 1, de inc. nupt. 3, 12: « *Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem, aut in ejus amplexum non ut patruus aut avunculus convolaverit, capitalis sententiæ pœna teneatur.* »

Se voi portate lo sguardo al Codice Giustiniano, vi troverete al titolo *de nuptiis* una costituzione, la 17^a, di Diocleziano e Massimiano dell'anno 295 in cui si legge: « *nemini liceat contrahere matrimonium cum sororis filia et ex ea nepte, præterea fratris filia et ex ea nepte...* » Parrebbe adunque che l'abrogazione del Claudiano si dovesse a questi imperatori. Non lo crediate, o Signori. La *Mosaicarum et Romanarum Le-*

gum Collatio, VI, 5, ci ha conservato l'Editto completo di quegli imperatori, di cui evidentemente la L. 17 C. de nupt. della stessa data è un estratto. Ebbene: ivi si parla bensì delle vietate nozze coll' *amita*, colla *matertera*, e colla *sororis filia et ex ea nepte*, ma non già di quelle colla *fratris filia* o *nepte*. Lo che vuol dire che il Claudiano rimase per allora inalterato. Bisogna dunque concluderne che i compilatori del Codice Giustiniano ritocarono quella costituzione, e vi fecero un aggiunta diretta ad armonizzare il linguaggio di Dioleziano e di Massimiano col giure vigente all'epoca della compilazione, e che Giustiniano volea conservato. In fatti nelle sue Istituzioni (§ 3 de nupt. 1, 10) egli lasciò scritto: « *fratris vero vel sororis filiam uxorem ducere non licet.* » Avete qui pertanto l'esempio di una di quelle *interpolationes* che Giustiniano consigliò ai Commissarii incaricati della sua Raccolta, i quali pur troppo non rare volte si attennero al suo consiglio¹.

Sgombrato pertanto il terreno del diritto dalla anomalia claudiana, noi possiamo formulare così la regola generale del gius romano tramandataci dalla legislazione giustiniana: — perchè il matrimonio sia possibile tra due parenti collaterali, bisogna che tra ciascun d'essi e il loro autore comune vi siano almeno due gradi.

Applicando tale regola ai *cugini* si giunge a questo risultato, che il matrimonio tra loro è permesso. Pare in verità che anticamente la proibizione si estendesse anche al matrimonio fra cugini. In fatti Tacito fa parlare così quel cortigiano Vitellio che s'incaricò d'in-

¹ V. *Ceneri Ric. di Catt. e Foro*, P. I, Lez. 4.

durre il Senato a permettere le nozze di Claudio e di Agrippina: cito la traduzione di *Davanzati*:¹ « se sposare figliuola di fratello è nuovo a noi, ad altre genti esser solenne, da legge niuna vietato. Esserci gñan tempo astenuti dalle cugine; ora spesseggiarsi (*et sobrinarum diu ignorata, tempore addito, percrebuisse*). L' usanze accomodarsi al bisogno; col tempo verrà in uso anche questa. » Il divieto adunque del connubio tra cugini, esistito in antico, era da gran tempo a quell'epoca stato levato, e cotali nozze spesseggiavano. Così ancora Tito Livio, XLII, 34, riferendosi ad epoca d' assai precedente e cioè all' anno 171 prima di Cristo, introduce un personaggio, certo Ligustino, il quale, per ottenere non so qual favore dai radunati Quiriti, fa loro l' esposizione succinta della sua vita; e facendosi dagl' inizi narra come cosa ben naturale di avere presa in moglie la cugina sua: « pater mihi jugerum agri reliquit et parvum tugurium, in quo natus educatusque sum: hodieque ibi habito: cum primum in ætatem veni, *pater mihi uxorem fratris sui filiam dedit*, quæ secum nihil attulit præter libertatem pudicitiamque, et cum his fecunditatem, quanta vel in diti domo satis esset. »

Ma sotto l' influenza delle idee cristiane anche a nozze siffatte si estese il divieto. La Chiesa guardava di mal occhio tali congiungimenti, perchè, come dice sant' Agostino,² benchè non vietati da legge divina od umana « verumtamen factum etiam licitum propter vicinitatem horrebatur illiciti, et quod fiebat cum consobrina pene cum sorore fieri videbatur. » Venne poi un

¹ Annali XII, 6.

² De Civ. Dei lib. XV.

imperatore Teodosio, il quale scrisse nelle leggi il divieto, e spinse l'esagerazione sino al punto di minacciare ai contravventori la pena del rogo. Poco appresso Arcadio ed Onorio con una costituzione del 396 confermarono il divieto, mitigando la pena. Ma non eran decorsi quattro anni, che già Arcadio si vide costretto a permettere tali conjugii nella parte orientale dell'impero.¹ Finchè poi Giustiniano tolse del tutto tale impedimento, e le nozze tra cugini tornarono permesse come già lo erano al tempo della classica giurisprudenza. « Duorum autem fratrum vel sororum liberi (così leggiamo nel § 4, I. de n.), vel fratris et sororis, jungi possunt. »

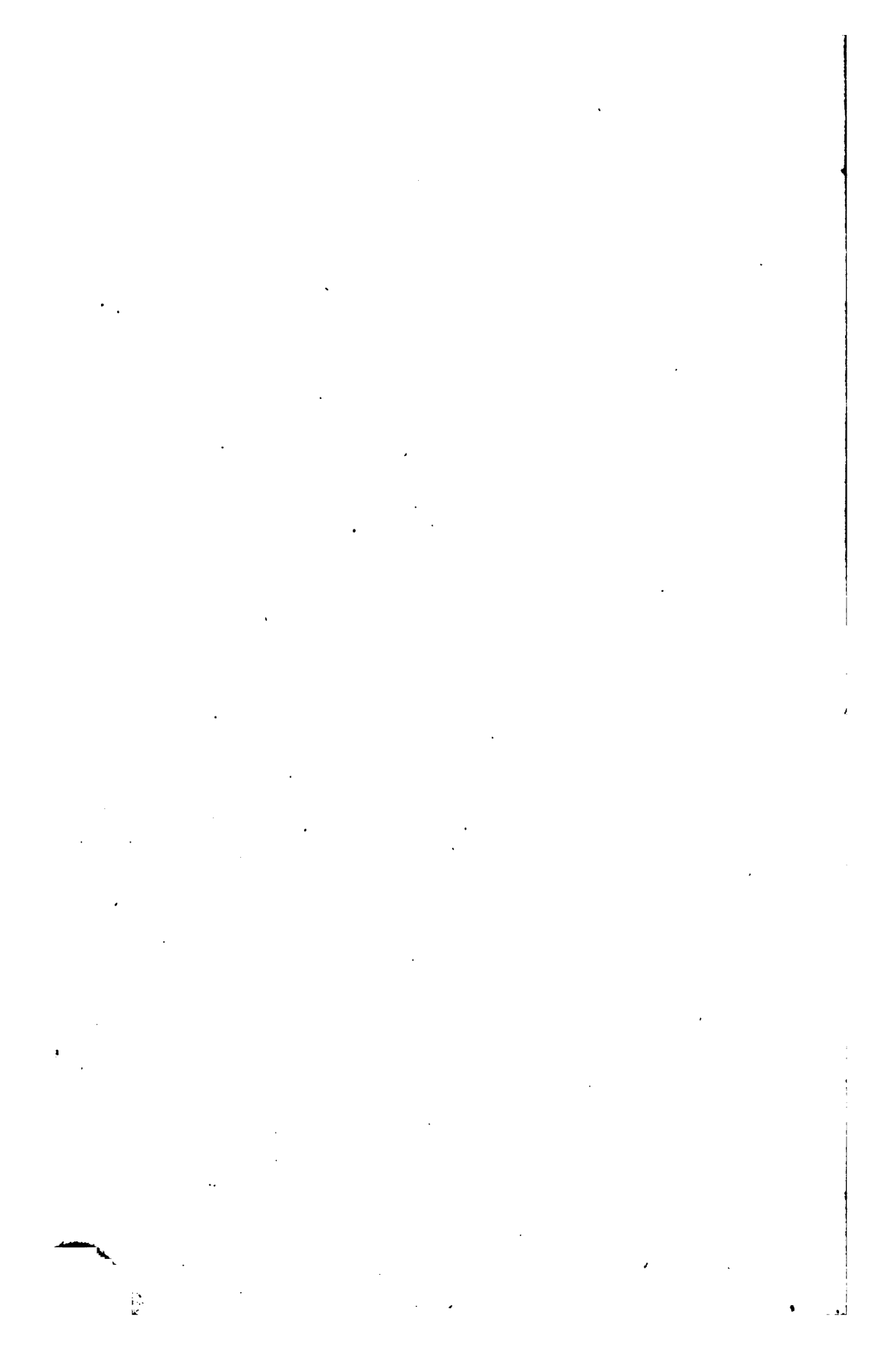
Quanto adunque a impedimento nascente dalla parentela legittima e naturale, l'ultima parola del gius romano fu questa: — nella linea retta impedimento assoluto: nella collaterale limitato il divieto a quelle persone di cui ciascuna non disti almeno due gradi dallo stipite comune.

¹ Vid. L. 3 C. Th. de inc. nupt. 3, 12; L. un C. Th. si nupt. ex rescr. pet. 3, 10, ibique *Iacob. Gothofr.* et L. 19 C. de nupt. 5, 4.



LEZIONE V.

[2 Dicembre 1880.]



Impedimento al matrimonio, nascente da parentela o sol naturale, o solo civile. — Impedimento derivante da affinità. — Esposizione dei principali testi.

La parentela potrebb' essere soltanto *naturale*, semplice *cognatio*, derivata cioè da discendenza comune da uno stipite, ma non per via di legittime nozze. Potrebbe per converso trattarsi di parentela puramente *civile*, *agnatio*, consistente cioè nel rapporto di famiglia non derivato da procreazione, ma stabilito a mezzo di *adozione*.

Or ecco il problema che si presenta. Quelle regole proibitive, quegli impedimenti alle nozze, che vedemmo discendere dal rapporto di parentela, hanno luogo soltanto in ordine alla parentela legittima, o si applicano ancora in tema di semplice cognazion naturale? E ancora: quelle regole, quegli impedimenti trovano applicazione soltanto allorchè la parentela civile ha il sostrato della *cognatio*, o la trovano ancora quand'essa deriva da adozione? Tale è il duplice aspetto del problema che si tratta ora di risolvere a termini di Diritto Romano.

Espliciti testi c' insegnano che quando tra due persone vi è un vincolo di naturale parentela, il matrimonio è tra esse vietato se si trovano tra loro in quel

grado che nelle linee di parentela legittima indurrebbe l'impedimento. Percorriamo rapidamente qualcuno di que' testi che rispondono appunto alla prima parte del proposto problema.

« Nihil interest (ci dice Scevola nel fr. 54 de rit. nupt. 23, 2) ex justis nuptiis cognatio descendat, an vero non. » Ed esemplificando soggiunge, che io non potrò prendere in moglie la mia sorella naturale, come non potrei congiungermi in matrimonio colla sorella legittima: « nam et vulgo quæsitam sororem quis vetatur uxorem ducere. »

Di questo principio abbiamo in Paolo (fr. 14, § 2 eod.) l'applicazione anche alle così dette *cognitiones serviles*, cioè a quel rapporto di naturale parentela che può derivare da congiungimenti di schiavi, che, come è risaputo, non potevano in giure romano avere qualità e nome di matrimonio. Ebbene, anche qui però la naturale parentela sarà d'impedimento alle nozze dei manomessi, per la ragione che a buon diritto *Cujaccio* dice *elegantissima*, e cioè che « in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est. »

Anche Pomponio nel fr. 8 eod. ci dice che « libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, » sempre per la ragione della naturale parentela, ragione che anche in mancanza di precetto legislativo fu pei *mores* trovata sufficiente ad impedire le nozze tra tali persone: « quia hoc jus moribus non legibus introductum est. » Nel che vi par quasi di sentire l'eco di quella regola di Modestino, fr. 197 de r. j. 50, 17, « semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit. »

Finalmente Giustiniano riprodusse nelle sue Istituzioni, § 10 de nupt. 1, 10, questi dettati della giurisprudenza, e li riprodusse come massima sicura: « illud certum est serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint. »

Ed ora facciamoci all'altro aspetto del problema. Trattisi di due persone non congiunte tra loro da naturale parentela, ma da sola agnazione civile indotta da adozione. Saranno tra esse proibite le nozze? Sì, lo saranno in quei gradi medesimi in cui lo sarebbero se si trattasse di persone naturalmente congiunte. Così, è vietato il matrimonio tra generante e generato per tutti i gradi della linea discendentale; e vietato lo è pure, ci dice Cajo I, 59, tra ascendenti e discendenti adottivi. Sono vietate le nozze tra fratello e sorella, nati da genitori comuni, o dallo stesso padre, o dalla madre stessa (*germani* cioè, o *consanguinei*, od *uterini*); ebbene; saranno proibite ancora tra fratello e sorella *adottivi*: « si qua per adoptionem (è sempre Cajo che parla I, 61) soror mihi esse cæperit... sane inter me et eam nuptiæ non possunt consistere. » Vietato altresì è il matrimonio tra zio e nipote: sarà vietato ancora tra quelle persone di tal grado, che per l'avvenuta adozione si considerano membri della stessa famiglia agnatizia, non tra quelli che appartengono ad agnazione diversa. Vi sarà quindi impedimento tra me e la figlia di colui che mi è fratello per adozione, tra me e la sorella agnata di chi mi adottò: non vi sarà tra me e la figlia di mia sorella adottiva: non vi sarà tra me e la sorella uterina di mio padre adottivo. È in questo senso che Ul-

piano dice nel fr. 12 § 14 de rit. nupt. « adoptivæ sororis filiam possum uxorem ducere, cognata enim mea non est filia ejus, quia avunculus nemo fit per adoptionem. »

E tutto questo è consentaneo alla regola indicatoci da Paolo nel fr. 23 de ad. l. 7, secondo la quale l'adozione in tanto importa fra due persone vincolo di parentela, in quanto solo le si possano considerare come membri della stessa famiglia agnatizia: « qui in adoptionem datur, his quibus agnascitur, et cognatus fit, quibus vero non agnascitur, nec cognatus fit: *adoptio enim non jus sanguinis, sed jus agnationis affert.* »

Avete adunque in questo tema una specie di parallelismo tra gl'impedimenti derivanti da naturale parentela, e quelli derivanti da adozione: ma il parallelismo si arresta colà dove l'adozione avvenuta non ha indotto tra due persone il vincolo agnatizio. Con questo però, che ragioni di alta moralità fecero estendere il divieto (lo impariamo dal citato frammento) anche alle nozze fra l'adottato e la madre dell'adottante, benchè fra loro non si sia costituito il rapporto di agnazione. Anzi dal fr. 55 § 1 de rit. nupt. appare che la proibizione si estese, certamente in vista del *respectus parentelæ*, anche alla zia materna dell'adottante: « *patris adoptivi mei matrem, aut materteram, aut neptem ex filio uxorem ducere non possum.* »

Che se per regola generale l'adozione avvenuta non porta impedimento alle nozze tra quelle persone tra le quali non indusse vincolo agnatizio, dovrà emergerne questa conseguenza, che in tanto tra adottivi durerà l'impedimento, in quanto seguiterà a sussistere codesto

jus agnationis. E in fatti questa conseguenza ci è segnalata dal testo. Così per esempio, laddove Cajo ci dice (I, 61) che son vietate le nozze tra fratelli e sorelle adottivi, ha cura di soggiungere « *quandiu constat adoptio*, » e di notare che l'impedimento cessa per l'emancipazione. Mentre adunque l'impedimento derivante da naturale parentela è permanente, o come dicon le fonti ha *perpetuam causam*, quello invece che deriva da vincolo semplicemente agnatizio ha carattere di temporaneo. E ciò a gran ragione: perchè la cognazione tiene a un fatto naturale ed immutabile, la nascita; mentre la semplice agnazione che non si collega ad alcun vincolo naturale, dipende da un fatto civile che può venir meno, l'esistenza nella stessa famiglia.

Però a questa regola i Romani fecero eccezione pel caso in cui si trattasse del rapporto di padre a figlia, o di avo a nipote adottiva. Certamente anche tra queste persone ogni parentela per l'emancipazione vien meno. Eppure si volle, evidentemente anche qui per ragioni di ordine morale, che l'impedimento alle nozze sopravvivesse alla cessazione del rapporto di parentela. Chiarissimo è il pronunciato di Cajo nel fr. 55 in pr., e nel l. 59, I., che Giustiniano pure riproduce (§ 1, I, de nupt.): « *nefas existimatur eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptisve esse cæperit, in tantum, ut, etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat.* » Ma notate che codesta eccezione si restringe a questi rigorosi confini: essa non si estende per esempio alla madre o alla zia dell'adottante. Disciolto il vincolo agnatizio tra adottante e adottato cessa l'impedimento alle nozze di quest'ultimo colle

mentovate persone, come cesserebbe per rapporto alla linea collaterale. Anche questo impariamo dal citato testo di Cajo, fr. 55 § 1 de rit. nupt., « scilicet (come ivi dice il giureconsulto) quia post emancipationem extraneus intelligor. »

Non dobbiamo lasciar questo tema dell'impedimento alle nozze derivante da parentela, senza notare che un analogo impedimento è quello che deriva dall'*affinitas*. È risaputo che così chiamasi quel rapporto che passa tra il conjuge di una persona e i parenti di questa. Bellissima la definizione che ne dà Modestino nel fr. 4, § 3 de grad. 38, 10: « affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit. » A propriamente parlare l'affinità non ha gradi « gradus autem affinitati nulli sunt, » cit. fr. 4, § 5: ma però praticamente si considera il conjuge come affine ai parenti del conjuge suo in quel grado stesso in cui questo è parente loro; e quindi Paolo potè dire nel fr. 10 pr. eod. « jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet. »

Si comprende adunque come anche per causa di affinità due persone possano esser tra loro *parentis liberique loco*: è il caso del suocero o della suocera (*socer, socrus*) col genero e colla nuora (*gener, nurus*): è il caso del patrigno o della matrigna (*vitricus, noverca*) col figliastro o colla figliastra (*privignus, privigna*): e così rimontando agli avi, avremo il *socer magnus*, e la *prosocrus*, e in relazione ad essi il *progener* e la *pronurus*. Il fratello del marito ha il proprio nome di *levir*: quello di *glos* la sorellà: cit. fr. 4, § 6.

Or bene: è regola dettata dalle più ovvie ragioni di convenienza e di pudore quella che Modestino ha così formulata nel § 7 del citato frammento, e che troviam riprodotta in altri luoghi del testo: ¹ « hos itaque inter se qui affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est. »

Nè è qui privo di importanza il notare, che sebbene propria affinità non si contragga che in conseguenza di nozze, pure all'effetto di produrre l'impedimento tra le accennate persone vollero i Romani che anco gli sponsali bastassero: epperò scrisse Pomponio nel fr. 8 de grad. « Servius recte dicebat, socri et socrus, et generi et nurus appellationem *etiam ex sponsalibus* acquiri. » E Paolo ricorda nel fr. 14 § 4 de nupt. che « ejus matrem, *quam sponsam habui*, non posse me uxorem ducere, Augustus interpretatus est, *fuisse enim eam socrum*. » La quale sentenza è pure ammessa da Ulpiano nel fr. 12 § 1 2 eod. Anzi lo stesso Ulpiano nel § 3 si acconcia per fino all'opinione di Giuliano, che poi fu più tardi espressamente approvata da Giustiniano nel § 9, I. de nupt., secondo la quale io non potrei nemmeno condurre in moglie la figlia che dopo il divorzio mia moglie avesse avuto da altre nozze: « si uxor mea post divortium alii nupserit, et filiam suscepit, putat Julianus, hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis ejus abstinendum. »

Ancora è degno di nota in questo proposito quel che Paolo ne insegna nel fr. 14 § 3 de r. n., e cioè che lo stesso impedimento che sorge dalla *servilis cognatio* tra

¹ Fr. 14 § 4, fr. 15 de nupt. 23, 2, Cajo I, 63, § 6 et 7 I. de nupt.

generante e generato, si estende pure al rapporto non di vera, ma di quasi affinità che da siffatti congiungimenti deriva: « idem quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus servandum est. » Ed è pure notevole, che anche dopo l'emancipazione perdura l'impedimento che proviene dall'affinità (cit. fr. 14 pr. e § 1), eco novella della già riferita sentenza di Modestino « semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit. »

In linea collaterale però, nè all'epoca della repubblica, nè a quella della giurisprudenza classica nel periodo imperiale, l'affinità fu di impedimento alle nozze. Così per esempio Plutarco ci narra (Crass. I) come cosa naturale che Marco Crasso sposò la già moglie di suo fratello. È noto che presso gli Ebrei, sebbene di regola tali matrimonii fosser vietati, non lo erano però quando si trattasse di vedova del fratello morto improle. Anzi in tal caso si faceva obbligo al cognato di sposar la cognata « per suscitare nome al suo fratello in Israele: » e se a quest'obbligo, che si conosce sotto il nome di legge del *levirato*, egli voleva sottrarsi, dovea sottomettersi a quella cerimonia umiliante che ci è descritta nel Deuteronomio così:¹ « E se non aggrada a quell'uomo di prender la sua cognata, vada la sua cognata alla porta, agli Anziani, e dica: il mio cognato ricusa di suscitare nome al suo fratello in Israele; egli non vuole sposarmi per ragion di cognato. Allora gli Anziani della sua città lo chiamino, e parlino a lui: e

¹ XXV, 5-10, trad. Diodati Vid. *Salvador* Inst. de Moïse Livr. VII, ch. I.

s'egli, presentatosi, dice: e' non mi aggrada di prenderla: accostigli la sua cognata, nel cospetto degli Anziani, e traggagli del piè il suo calzamento, e spungigli nel viso. Poi protesti, e dica: così sarà fatto all'uomo che non edificerà la casa del suo fratello. E gli sarà posto nome in Israele: la casa dello scalzato. » Nulla di tutto questo in Diritto Romano: sconosciuto il levirato; ma libero al cognato di sposare quella che fu moglie del fratello, o viceversa alla donna di sposare il fratello del già suo marito.

Furono gl'imperatori Costanzo e Costante che nel 355 introdussero per primi il divieto, sotto la prevalente influenza delle idee cristiane.¹ « Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis, ducere fratris uxorem: licitum etiam, post mortem mulieris, aut divortium, contrahere cum ejusdem sorore conjugium; abstineant hujusmodi nuptiis universi: nec æstiment posse legitimos ex hoc consortio procreari; nam spurios esse convenit qui nascentur. » Valentiniano, Teodosio ed Arcadio il divieto ripeterono con una costituzione che fu da Giustiniano inserita nel Codice suo (L. 5, C. de nupt.). E lo stesso divieto è pur ripetuto in altra costituzione che alcuni attribuiscono a Zenone, altri ad Anastasio, e che pure figura nel Codice Giustiniano (L. 9 eod.): ivi anzi è detto « *turpissimum consortium* » un matrimonio siffatto.

Non è difficile accorgersi che il divieto dovette nella pratica trovar resistenza, se vi fu bisogno di tanto moltiplicati Editti. L'osservazione è di *Troplong*, il quale

¹ L. 2 C. Th. de inc. nupt. 3, 12, ibique *Iacob. Gothofred.*: vid. et *Troplong* de l'Infl. da Christ. sur le Dr. Civ. des Rom. 2, p. ch. 5.

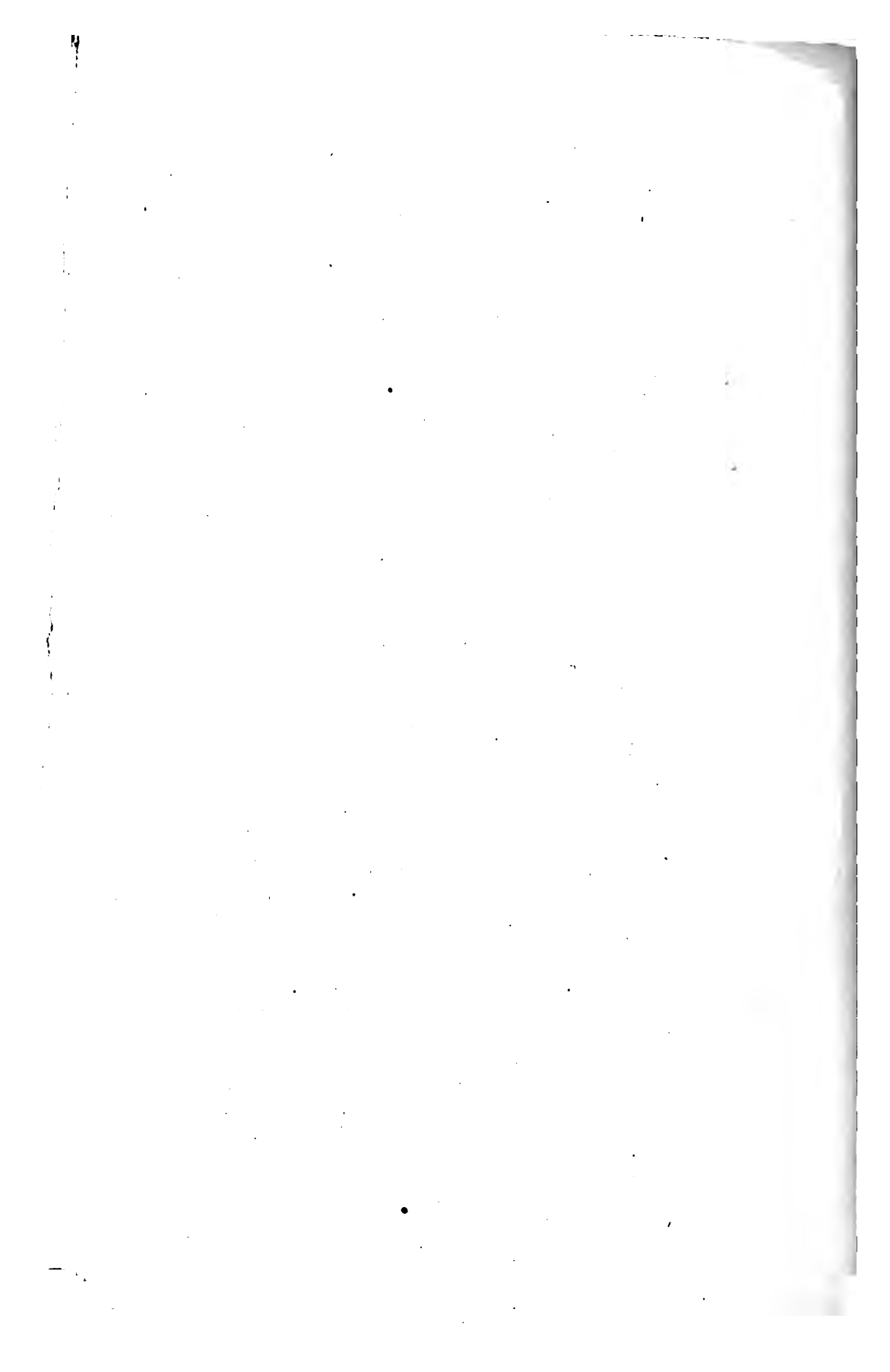
pure ricorda che anche un imperatore vi contravvenne Onorio, il quale successivamente sposò Maria ed Ermenzia, figlie entrambe di Stilicone. Ma Giustiniano mantenne la proibizione, come appare dall'aver inserito nel Codice le leggi citate.

Fin qua e non più oltre si estende in linea collaterale l'impedimento che ha base nell'affinità. E qui giova ricordare da ultimo quell'assioma scolastico « *affinitas non parit affinitatem*, » di cui abbiamo un'applicazione parlante nel testo di Papiniano, fr. 34 § 2 de r. n., che Giustiniano pur riprodusse nelle Istituta, § 8 de nupt.: « *inter privignos contrahi nuptiæ possunt, etsi fratrem communem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant.* »

Dedicheremo la riunione ventura allo studio di quel gruppo d'impedimenti, che hanno in differenti ragioni il loro sostrato.

LEZIONE VI.

[4 Dicembre 1880]



Impedimenti al matrimonio, derivanti: — *a)* da mancanza di potenza generativa: — *b)* dal rapporto di tutela o cura: — *c)* da ragione di ufficio: — *d)* da ragion di crimine: — *e)* da religione.

Giustiniano nel § 11, I. de nupt. l. 10, dopo avere discorso degl'impedimenti che sorgono dal rapporto di parentela o di affinità, soggiunge che altri pur ve ne sono i quali hanno lor base in differenti motivi, « *propter diversas rationes*, » e che possono riscontrarsi in questo o in quel luogo della sua Raccolta. Sono questi appunto che oggi io propongo al vostro studio.

A) Che la condizione di potenza generativa sia indispensabile alla validità delle nozze, discende dallo scopo stesso del matrimonio, che è quello di propagare la famiglia. Codesta condizione risponde alla idea e al fine del conjugio, donde deriva che i maschi non ancora puberi, le femine non ancora viripotenti sono impediti dal contrar valide nozze. « Gli appetiti precoci (nota egregiamente *Schupfer*¹⁾) nuocono sì agli scopi della vita, e sì a quelli della morale: all'unione dei corpi, come a quella dell'anime; nè la legge può prenderli sotto la

¹ La Famiglia secondo il Dir. Rom. pag. 43.

sua tutela. In altri termini, finchè lo sviluppo fisico vieta l'unione dei sessi, anche la legge civile deve vietare il matrimonio; è così ha fatto il diritto romano. La pubertà era veramente una condizione del conjugio (Ulpiano V. 2, pr. I. de nupt., fr. 4 eod.): e se, contrariamente al disposto della legge, due impuberi, o due persone una delle quali soltanto fosse pubere, si univano allo scopo di contrarre matrimonio, codesta unione era solamente una coabitazione di fatto, spoglia di qualunque carattere e valore giuridico. »

Per la stessa ragione la fisica impotenza di consumare il matrimonio doveva essere ed era d'impedimento alle nozze: ma con una distinzione. Lo era nel senso che potesse essere constatata con certezza, ossia avesse un carattere apparente, come negli evirati: non lo era se dipendeva unicamente da cause naturali e recondite. La distinzione appare da molti luoghi del testo: e in base di essa Ulpiano nel fr. 39, § 1 de j. d. 23, 3, scrisse « si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror castratus fuerit, nec ne: ut in castrato dicas dotem non esse; in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est. » La prima (avverte anche qui assai bene il citato *Schupfer*) era uno scandalo che si palesava in tutto l'*habitus corporis*, e perciò i Romani ne avevano fatto un impedimento: l'altro invece non era manifesto, e quindi il diritto non ne teneva conto, massimamente attesa la libertà del divorzio ».

Veniamo agli altri impedimenti.

B) E primo ci si presenta l'impedimento al matrimonio derivante dal rapporto di tutela o cura. — Fu un Senatusconsulto del tempo di Marco che proibì le nozze

del tutore o curatore, e del figlio suo, colla già pupilla o curatelata. « Tutor vel curator (è scritto nel fr. 36 de r. n. 23, 2) adultam uxorem ducere non potest. » E il fr. 59 dichiara che la proibizione abbraccia figli e nipoti del già tutore: « Senatusconsulto quo cautum est ne tutor pupillam filio suo, vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur. » Anzi l'impedimento perdura anche se il figlio fu dato in adozione: fr. 60 § 7: « naturales liberi, licet in adoptionem dati fuerint, Senatusconsulto continentur; » o se per emancipazione uscì dalla famiglia: fr. 66: « nec interest filius sui juris, an in patris potestate sit; » a meno che non si trattasse di adottivi emancipati, perchè in essi non riman traccia della famiglia adottiva, secondo l'espressione del fr. 60 § 6: « quia post emancipationem in totum adoptivæ familiæ obliviscuntur. »

Me ne chiedete il motivo? Appare manifesto: perchè le nozze non avessero a servire di manto e di sprone ad atti indelicati, e la libertà della donna non si trovasse in ballia d'influenze troppo forti, specialmente per ciò che riguarda la resa dei conti dell'ufficio tutelare: « ne ratio tutelæ reddendæ cohibeatur, » fu appunto la ragion del divieto espressa nel senatusconsulto, come impariamo dal fr. 67 § 3: e codesta ragione è ripetuta da Callistrato nel fr. 64 § 1: « quum ideo prohibuerit hujusmodi nuptias, ne pupillæ in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes iis gestæ tutelæ reddere compelluntur. »

Conosciuto il motivo, è facile rendersi conto e delle estensioni che al divieto si diedero, e delle eccezioni con cui si limitò.

Estensioni. Il senatusconsulto parlava dei tutori e dei figli loro: la giurisprudenza ritenne che anche l'erede estraneo vi fosse compreso. È Callistrato che ce lo insegna nel luogo citato: « Senatusconsulti, quo prohibentur tutores et filii eorum pupillas suas ducere, puto heredem quoque tutoris extraneum sententia apprehendi. » Paolo ci dice nel fr. 66 § 1 che anche al liberto del curatore la proibizione fu estesa: « curatoris libertum eam pupillam, cujus patronus res administrat, uxorem ducere satis incivile est. » E Trifonino è d'avviso che se tutore fu un figlio famiglia, debbasi il padre suo tenere impedito dalle nozze colla ex-pupilla, e forse anche il fratello soggetto alla stessa podestà paterna: fr. 67 § 2: « sed et si filiusfamilias tutor pupillæ vel curator fuit, puto vel magis patri ejus non oportere eam nubere: numquid nec fratri qui est in ejusdem potestate? » Non si riteneva però proibito al tutore di un pupillo « filiam suam collocare pupillo suo in matrimonium, » come dice Callistrato nel già citato fr. 64 § 2.

Di eccezioni alla regola proibitiva ne trovo due nel testo: una indicataci dal fr. 36 de r. n.; l'altra dal 67 § 1.

Se il padre della fanciulla mostrò di gradire che il tutore a suo tempo sposasse la figlia, cotali nozze come approvate dal padre, alla cui prudenza si affidan le leggi, sfuggono al divieto. « Tutor vel curator (così il fr. 36) adultam uxorem ducere non potest, nisi desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiis secuta fuerit. » Vuolsi però a tal fine una diretta designazione; sicchè Papiniano avverte nel fr. 62 in pr., che se il padre lasciò arbitra la moglie « cui nuptum filia com-

munis collocaretur, » ciò non basterebbe a render legittime le nozze col tutore, quantunque incontrassero l'aggradimento suo: « *frustra tamen ab ea tutor datus eligeretur*. »

L'altra eccezione riguarda questo caso. L'avolo amministrò la tutela di una nipote nata da un figlio emancipato. Potrà egli collocarla in matrimonio al nipote, figlio di altro suo figlio, o anch'esso emancipato, o tuttora soggetto alla sua podestà? A tenore della lettera del *senatusconsulto* non lo potrebbe, perchè esso (dice il fr. 67 § 1) « *stricto jure contra omnes tutores nititur*. » Ma i giureconsulti considerarono che in tale caso la ragione di affetto, uguale pel nipote e per la nipote, faceva esulare il sospetto di frode « *par affectionis causa suspicionem fraudis amovet*; » e seguendo una interpretazione benigna dissero permesse le nozze; « *summæ affectionis avitæ intuitu hujusmodi nuptiæ concedendæ sunt*. »

Del resto notate, o Signori, che il divieto ha un limite di tempo. Se la ragazza è già divenuta maggiore; se già resi e liquidati sono i conti dell'amministrazione tutelare: se scorso è il termine della possibile *in integrum restitutio*: cessa il divieto, perchè scompare la ragione di esso. Quindi è che Paolo di tale divieto parlando nel fr. 66 de r. n. dice che il tutore o curatore non può prendere in moglie la già sua pupilla, ma « *intra vigesimum et sextum annum*: » e Papiniano nel fr. 62 § 2 riparla del « *constitutum tempus ætatis*, » quando dice che la sola resa dei conti, od anche precedenti nozze disciolte non basterebbero a far cessare il divieto, se questo « *constitutum tempus* » non è tra-

scorso. Ecco le parole del giureconsulto: « tutor qui rationes curatori reddidit, puellam suam *ante constitutum tempus ætatis ejus* uxorem ducere, nec matrem ex alio matrimonio factam, potest. ¹ »

Del violato divieto questi i rigorosi effetti. Matrimonio nullo: « *non est matrimonium* » secondo l'energica frase del fr. 66. Il contravventore incorre l'infamia, ed incontra responsabilità penale: « *infamatur* (dice lo stesso frammento) *et pro dignitate pupillæ extra ordinem coercetur.* » Finalmente è reso incapace di ricevere alcun che dal testamento dell'ex-pupilla: e se qualcosa a lui vien lasciato, gliel toglie il fisco, come dice Marciano nel fr. 2 § 1 de his quæ ut ind. auf. 34, 9, « *fisco locus fit; nam quasi indigno ei aufertur hereditas.* » Ma questa pena colpisce anche la donna? Non già: essa, piucchè colpevole, si riguarda come *decepta*, e come tale è scusata. Cel dice lo stesso Marciano nel fr. ult. de leg. 1, 30: « *si tutor pupillam suam contra senatusconsultum uxorem duxit, illa quidem ex testamento ejus capere potest, ipse autem non potest: et merito; delinquant enim hi qui prohibitas nuptias contrahunt, et merito puniendi sunt; quod imputari non potest mulieri, quæ a tutore decepta est.* »

C) Analogo a questo impedimento, che abbiamo studiato finora, è quello che il Diritto Romano sancì per gl'investiti di una pubblica funzione in provincia. Fu loro proibito, durante l'ufficio, di condurre in moglie una donna od originaria di quella provincia, od ivi domiciliata. Contrarre sponsali potevano, ma doveansi dif-

¹ Vld. et L. 6, C. de interd. matr. int. pup. et tut. 5, 6.

ferire le nozze a officio deposto, e libera sempre rimaneva la donna di troncarli. Tutto questo ci dice Paolo nel fr. 38 de r. n.: « si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur: ita scilicet, ut si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arrhis tantummodo redditis quas acceperat. »

Come il divieto riferentesi al tutore colpiva ancora il figliuol suo: e così pure procedeva la cosa in questo rapporto. « Qui in provincia officium aliquod gerit (dice il fr. 57 in pr.) prohibetur etiam consentire filio suo uxorem ducenti. » E come il divieto non si estendeva alla figlia del tutore, la quale avrebbe potuto congiungersi in matrimonio col già pupillo: così il pubblico funzionario avrebbe potuto dare in moglie una sua figlia a un provinciale: fr. 38 § 2: « qui in provincia aliquid administrat, in ea provincia filias suas in matrimonium collocare, et dotem constituere non prohibetur. »

Nè qui si arrestano le analogie. Le trovate ancora nei rigorosi effetti del divieto: e i giureconsulti che ne parlano, mettono appunto in linea parallela le due specie. Così Papiniano vi dice nel fr. 63 de r. n., che se il « praefectus cohortis, vel equitum, aut tribunus contra interdictum ejus provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat, » il matrimonio è nullo « *matrimonium non erit*, » e aggiunge « quæ species pupillæ comparanda est. » Così Marciano laddove dice che il tutore il quale contravvenne al divieto non può ricevere ex-testamento dalla già pupilla, sì questa da lui (fr. 2 de his. quæ ut ind. auf.), mette nella stessa condizione del tutore colui

che « *contra mandata duxerit uxorem ex ea provincia, in qua officium aliquod gerit.* »

Eccezioni ammette il divieto concernente i tutori, e le vedemmo: eccezioni ammette pur questo che concerne i pubblici funzionarii. Due ne segnala il testo. La prima è scritta nel fr. 38 § 1 de rit. nupt., e si riferisce al caso di matrimonio contratto sì durante l'ufficio, ma a seguito di sponsali precedentemente conclusi: « *veterem sponsam in provincia quam quis administrat uxorem ducere potest, et dos data non fit caduca.* » La seconda è nel fr. 65, pr., e riguarda coloro che militano nella provincia in cui nacquero, e ai quali non è disdetto di ivi prender moglie anche durante l'ufficio loro: « *eos qui in patria sua militant, non videri contra mandata ex eadem provincia uxorem ducere, idque etiam quibusdam mandatis contineri.* »

Anche nella ragion del divieto potete scorgere una certa analogia. In fatti, perchè si è vietato il matrimonio del tutore o del figlio suo colla già pupilla? Perchè si temette l'abuso di una troppo forte influenza sull'animo della donna. Ebbene: fu questa stessa la causa che ispirò il divieto di nozze tra il pubblico funzionario, e la donna di quella provincia ov'egli esercita l'ufficio suo. È Papiniano che ne dà cenno là dove pone a parallelo i due divieti: fr. 63 de r. n.: « *quæ species pupillæ comparanda est, quum ratio potentatus nuptias prohibuerit.* »

D) Le fonti accennano ancora a due altre cause d'impedimento, le quali derivano da ragion di delitto. Una è il crimine di *ratto*: l'altra è quel di *adulterio*.

Prescrizioni severissime troviamo nelle leggi romane contro il ratto di fanciulle. Niente meno che la pena

di morte era comminata dalla *Lex Julia de vi publica*, come ne fa fede il fr. 6 D. 48, 6, e codesta pena fu tenuta ferma da Giustiniano nella L. un. C. de rapt. virg. 9, 13. Pare si trattasse di atti molto frequenti: pare che il detto del poeta Manilio « *ardentes juvenes, raptasque sub amore puellas*, » trovasse spesso riscontrò nella realtà, se si divenne a cotanto rigore di pena. Però, se crediamo a Quintiliano, a Seneca, a Flacco, una via di scampo trovavasi aperta al rapitore: quella di ottenere entro giorni trenta il perdono del padre suo, e di quello della rapita, e di avere questa consenziente alle sue nozze. Seneca dice (Decl. II, 11) « *raptor nisi suum et raptæ patrem intra trigesimum diem exoraverit, pereat*. » E Quintiliano soggiunge (Decl. 262): « *rapta raptoris mortem, vel indotatas nuptias optet*. » Di che poi la massima così formulata da Flacco (25): « *raptor aut pereat, aut ducat*. » Ma certamente a partire da Còstantino cotale via di scampo più non rimase aperta: il rapitore dovette subire la pena, nè gli giovò il perdono dei genitori, o il consenso della rapita « *nihil ei secundum jus vetus prosit puellæ responsio*: » così è scritto nella L. 1 in pr. C. Th. de raptu virg. 9, 24. Giustiniano adottò quest'ordine d'idee: e, comminata al rapitore nella L. un. C. eod. tit. la pena di morte, e la confisca dei beni a pro della rapita ingenua, disdisse ogni possibilità di conjugio tra questa e il rapitore: « *nec sit facultas (è scritto nel § 2) raptæ virginis, vel viduæ, vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere*. »

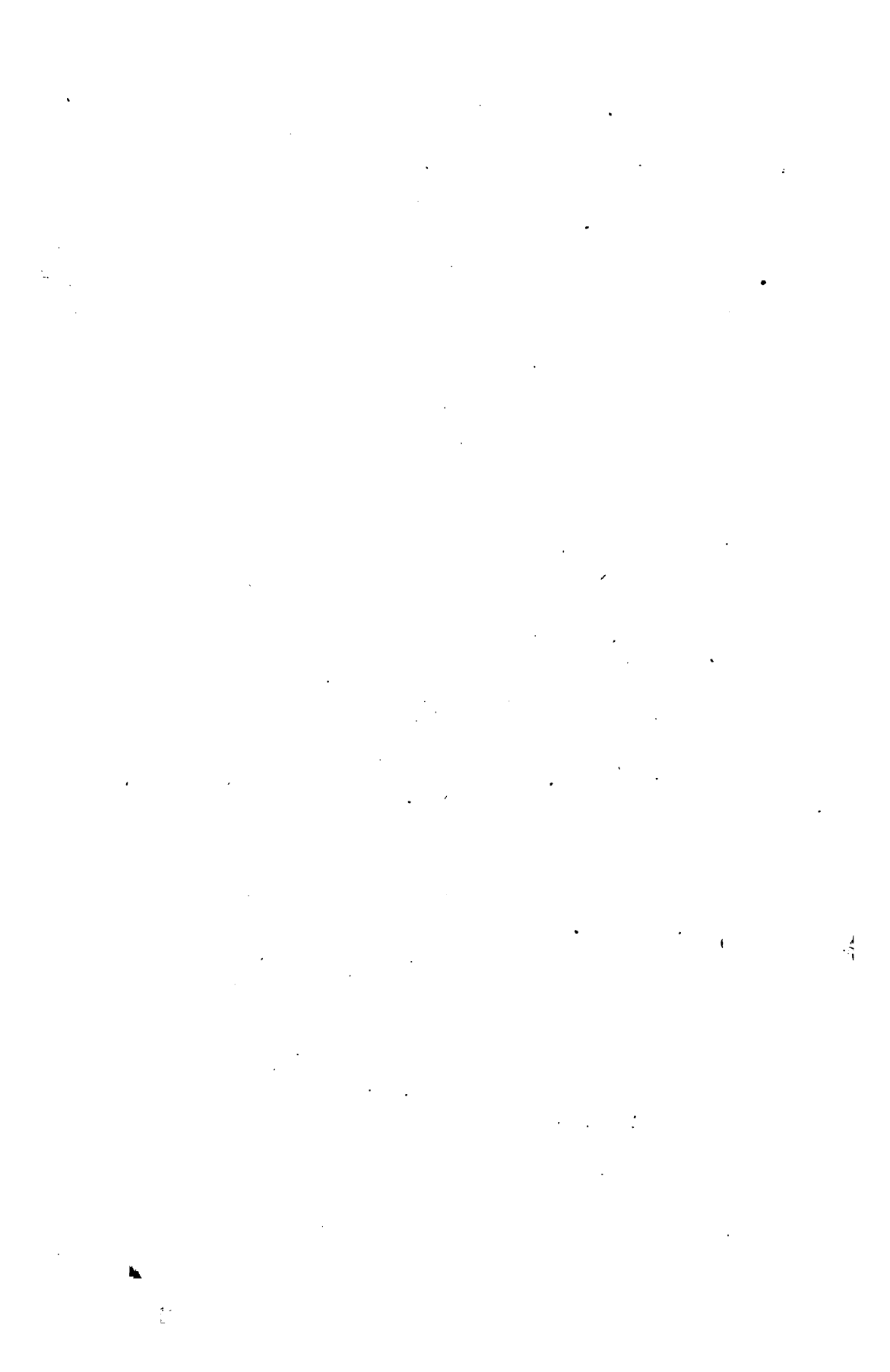
La pena sancita dalla *Lex Julia de adulteriis* era per ambedue i colpevoli la perdita di una parte dei

beni, e la relegazione in un'isola: « *in diversas insulas* » si affretta a soggiunger Paolo nelle *Rec. Sent.* II, 26 § 14. Quella legge puniva altresì chi si fosse congiunto in matrimonio con donna condannata siccome adultera: fr. 29 § 1 ad L. Jul. de adult. 48, 5: « *adulterii damnatam si quis duxerit uxorem ea lege tenetor.* » E la L. 9 C. eod. git. q. 9 ci dice che chi sposava la dichiarata adultera veniva riguardato quale lenone: « *eadem lege ex causa lenocinii puniuntur.* » Più tardi si aggravaron le pene comminate. Non parve sufficiente la relegazione: Costantino volle addirittura la morte, L. 30 § 1 C. eod. « *sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.* » Nella Nov. 134 cap. 10 piacque a Giustiniano di tenere ferma per l'adultero la pena costantiniana: ma volle flagellata l'adultera, e chiusa in un Monastero « *adulteram vero competentibus vulneribus subactam, in Monasterium mitti.* » E nel capo 12, figurando il caso che l'« *accusatus de adulterio, per proditionem iudicum, aut alio quolibet modo a legibus poenas effugerit, et post hoc inveniatur cum muliere, de qua accusatus est, turpiter conversatus, aut in matrimonio accipere eam,* » sancì che il matrimonio s'avesse per nullo « *neque matrimonium valere jubemus:* » e diede licenza « *omni iudici et comprehendere eum, et post tormenta ultimis suppliciis subicere,* » confinata la donna in un monastero, « *et ibi manere in omne tempus propriæ vitæ jubemus.* » Davvero, che questi Imperatori Cristiani, dettando così feroci pene, perdetter di vista la pietosa sentenza di Cristo concernente l'adultera! Davvero che in presenza di cotali deviazioni, e in mezzo alle melanconiche riflessioni che suggerisce questo atroce si-

stema di penalità, troviam difficile ripetere di Giustiniانو che per volere del primo Amore traesse dalle leggi il troppo e il vano, come Dante cantò!

E) Ed anche la *religione* fornì agl'Imperatori argomento di altro impedimento a legittime nozze. Una legge di Costanzo che avete nel Codice Teodosiano al n. 6 de Iudæis 16, 8 vieta ai Giudei di sposare donne cristiane, « ne chistianas mulieres suis jungant flagitiis: » minacciata anche qui, colla solita prodigalità di ferocia, la pena di morte: « si hoc fecerint, capitali periculo subjungentur. » Altri Imperatori completarono il sistema. La legge di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, 6^a, C. de jud. 1, 8, estende il divieto anche al matrimonio di cristiano con una giudea « ne quis christianam mulierem in matrimonium judæus accipiat, neque judææ christianus conjugium sortiatur. » La contravvenzione al divieto vollero fosse considerata come adulterio, e punita di conformità, « adulterii vicem commissi hujusmodi crimen obtinebit: » e invitato chiunque a proporre l'accusa, « libertate in accusandum publicis quoque verbis relaxata. »

Abbiamo compito, o Signori, lo studio degl'impedimenti al matrimonio. Nella riunione ventura ci occuperemo dell'autorizzazione richiesta alla validità delle nozze dei soggetti a *patria potestas*. »



LEZIONE VII.

[7 Dicembre 1880]

Consenso dell'avente patria podestà, richiesto alla validità delle nozze. — Confronto dell'istituto romano col moderno. — Effetto del mancato consenso. — Effetto del consenso preposterò. — Disposizioni relative al matrimonio di donna *sui juris*.

Che il consenso delle parti sia condizione essenziale del matrimonio è tale proposizione che, quando non fosse scritta nelle leggi, s'intenderebbe da sè. Non è desso un contratto? certamente *sui generis*, certamente d'indole più nobile e più elevata di quelli che soltanto si aggirano nella sfera delle cose materiali, perchè con esso si mira all'unione di due esseri, al *consortium omnis vitæ*, secondo la bella definizione di Modestino: ma contratto pur sempre. Dunque il consenso ne dev'essere la base fondamentale. E consenso libero, scevro da coazione, altrimenti avrete del consenso piuttosto l'ombra che la realtà. È il caso di dire con Quintiliano:¹ « *nusquam libertas tam necessaria quam in matrimonio est. Quis enim amare alieno animo potest?* »

Codesta massima è energicamente ricordata nelle fonti nostre. Grande, eccessiva era presso i Romani la podestà del padre sul figlio: ma pure non si spingeva

¹ Declam. 257.

sino al punto di poter costringere il figliuolo a non volute nozze. Lo disse chiaro Terenzio Clemente nel fr. 21 de r. nupt. 23, 2 « non cogitur filiusfamilias uxorem ducere. » E gl' imperatori Diocleziano e Massimiano nella L. 14 C. de nupt. 5, 4 ripeterono in generali termini che la libera facoltà di contrarre il matrimonio respinge ogni idea di costringimento, « liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere. » Un' eccezione per verità dettarono in favor del patrono: e mentre anche per lui il fr. 28 de r. n. riproduce la regola esclusiva del costringimento, « invitam libertam uxorem ducere patronus non potest » il successivo frammento gli accorda tale facoltà « si ideo eam manumisit, ut uxorem eam ducat. » Ma questa eccezione, in cui si riflette quasi un brutto residuo della podestà dominicale, lascia intatta la regola nei casi comuni.

Che se il consenso delle parti era condizione essenziale al matrimonio, bastava esso sempre tale consenso a costituire valide nozze? No: se si trattava di persone soggette alla *patria potestas*, occorreva ancora il consenso di chi aveva tale podestà sovr' esse. « Nuptiæ consistere non possunt (ci dice Paolo nel fr. 2 eod.) nisi consentiant omnes, idest qui coeunt, *quorumque in potestate sunt.* »

Anche il Diritto odierno sancisce che certe persone non possano contrarre valide nozze senza il consenso di altre. Il figlio che non ha compito gli anni venticinque, la figlia che non ha compito i ventuno, han d' uopo del consenso dei genitori, o degli avi se quelli mancano, o sono nella impossibilità di manifestare la volontà loro:

o del consiglio di famiglia se mancan pur questi. E pel caso di rifiuto di consenso è aperto il richiamo alla Corte d' Appello, la quale, sentite le parti e il pubblico ministero a porte chiuse, e senza intervento di procuratori o altri difensori, pronunzia quasi come giurì: tanto è vero, che il suo provvedimento non ha ad esprimere motivi.¹ Ma guardiamoci bene dal confondere questo istituto con quello che ci viene indicato da Paolo nel passo citato. A tacer d' altro, è la base che è sostanzialmente diversa. L' uno si fonda nella presunzione di esperienza e di affetto degli ascendenti verso la prole, e nel bisogno che questa ha, se troppo giovane, dell' altrui consiglio per compiere uno degli atti più importanti della vita. L' altro invece fondavasi in quel sovrano potere accentratore che i Romani attribuivano al padre, costituito principe e signore nella sua famiglia: potere esorbitante, e tutto proprio dei cittadini romani. L' uno adunque ha carattere ed indole di direttivo: l' altro di categorico. E ne volete, fra le tante, una prova? In diritto romano non vi è ragione di età che prosciolga il figlio della podestà paterna, e che quindi lo sottragga, se vuol contrarre matrimonio, alla necessità di ricorrere al consenso del padre. Per converso, non appena sia desso emancipato, abbia pur anco varcato solo d' un giorno quel breve limite di età, quattordici anni, entro il quale gli era disdetto il connubio, avrebbe potuto a sua posta prender moglie senza dipendere da consentimento altrui: « filius emancipatus (così appunto Modestino nel fr. 25 cit. tit.) etiam sine consensu patris uxorem ducere potest. »

¹ Cod. It. art. 63-67.

Non sempre bastava il consenso di colui che *actu* aveva la *patria potestas*, perchè valesser le nozze di chi vi era soggetto. Figuriamo una famiglia così composta: padre, figlio, nipote. Nel primo solo si concentra la *potestas*, alla quale il figlio sottostà non men del nipote. Eppure se si tratterà del matrimonio di quest'ultimo, non soltanto occorrerà il consenso dell'avo suo, ma quello ancora del padre. Se invece la famiglia fosse composta così: padre, figlio, nipote femina, e si trattasse del matrimonio di questa; allora basterebbe il consenso del primo, di quello cioè che ha attualmente la *potestas* nella famiglia. La regola è certa in gius romano. Ecco in quali termini Paolo l'esprime nel fr. 16 § 1 de r. n.: « *nepote uxorem ducente et filius consentire debet; neptis vero, si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet.* »

Perchè questa differenza? Su quale base riposa? Su questa: che l'avo, avente *patria potestà* sul figlio e sul nipote, poteva bene dalla famiglia rinviare quest'ultimo, anche senza il consenso del figlio suo: ma non poteva imporre a questo, senza il suo consenso, dei possibili *sui heredes*. Il principio ci è segnalato così e nelle Pandette, fr. 11 de ad. I, 7, e nelle Istituta, § 7 eod. I, 11, in tema di adozione, « *ne ei invito suus heres agnascatur.* » Ora, codesto pericolo avrebbe potuto incontrarsi pel matrimonio del nipote senza il consenso del padre: ma non poteva aver luogo pel matrimonio della nipote, perchè i figli non seguivano la famiglia della madre loro. Ecco perchè « *nepote uxorem ducente et filius consentire debet;* » mentre pel matrimonio della *neptis* « *sufficit voluntas et auctoritas avi.* »

Qui però c' incontriamo in quest' altra sentenza di Paolo dettata pel matrimonio di cugini soggetti alla stessa podestà dell' avo. Il giureconsulto riferisce ed approva nel fr. 3 de r. n. l' opinione di Pomponio, che lasciò scritto bastare in tal caso il consenso dell' avo a quelle nozze: « si nepotem et filio, et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos *me solo auctore* contrahi posse, Pomponius scribit, et verum est. » Voglion taluni che questa sentenza s' abbia a riferire all' ipotesi, che il padre del nipote non sia più nella famiglia, o per morte o per emancipazione. *Gotofredo* per esempio vi appone questa nota: « si modo filius non vivit, alias consensus ejus requiritur; » e *Demangeat*¹ si acconcia a tale sistema d' interpretazione. Altri invece applicano la sentenza di Paolo e di Pomponio anche all' ipotesi in cui il padre del nipote viva e sia tuttora in famiglia. A citarne qualcuno, sono di tale avviso *Cujaccio*,² *Voet*,³ *Pothier*:⁴ « ut ita (dice il *Voet*) qui solus est princeps familiæ, etiam solus sit arbiter nuptiarum in eadem familia contrahendarum. » Io preferisco questa opinione: giacchè, dal modo con cui Paolo riferisce l' avviso di Pomponio, ben si vede che trattavasi di cosa presentante dubbio; ora nella ipotesi di *Gotofredo* e di *Demangeat* non saprei davvero scorgere l' elemento dubitativo che dal responso dei giureconsulti dovesse esser tolto di mezzo. Che se poi vo-

¹ Cours élém. de Dr. Rom. Vol. I pag. 250.

² Recit. sol. ad L. XXXV. Pauli ad Ed. in l. 16 § 1 de r. n.

³ Ad Pand. XXIII 2, n. 7.

⁴ Pand. Inst. XXIII 2, n. 7. — Vide et *Schulting* Notæ ad Dig. in cit. fr. 3 de r. n.

gliasi la ragione del responso, parmi assai acconcia questa che ne dà il *Cujaccio*: « *sufficere videtur hoc casu auctoritas avi in cujus familia omnes sunt, nec ægre ferre debet filius si forte ex eadem familia quandoque sua familia augeatur.* »

Del resto, il consenso dell'avente patria podestà doveva, come insegna Papiniano nel fr. 34 pr. de r. n., essere determinato, riferibile cioè non in generale alle nozze, ma a date nozze speciali: sebbene d'altro lato si ammettesse per sufficiente anche il consenso tacito, risultante dalla scienza ed acquiescenza paterna. Così un rescritto di Alessandro che abbiamo nella L. 5, C. de nupt.: « *si, ut proponis, pater quondam mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit, vereri non debes ne nepotem suum non agnoscat.* » Pare a dir vero che l'antico diritto facesse differenza tra il matrimonio del *filiusfamilias* e quello della *filiafamilias*. In fatti, mentre per questa anche in antico procedeva la regola del consenso tacito, L. 25 C. eod. « *sufficere enim putaverunt si pater non contradicat,* » pel figlio si richiedeva il formale e preambolo consenso del genitore « *jussus parentis præcedere debet.* » Ma l'inserzione nel Codice del rescritto di Alessandro lo eleva al grado di regola generale, che d'altronde armonizza col favore dal nuovo diritto accordato al matrimonio. Sicchè (come ben nota il *Savigny*¹) il testo delle Instituta, che esige pel figlio il consenso formale e preambolo del genitore, esprime il rigore del diritto antico, e deve considerarsi inserito per inavvertenza nella compilazione.

¹ Tr. de. Dr. Rom., trad. *Guenoux*, § 132 nota f.

Ma, espresso o tacito, codesto consenso si richiedeva pur sempre alla validità delle nozze per chi fosse soggetto alla *patria potestas*. Anzi i giureconsulti idearono per fino il caso, che un matrimonio contratto col consenso del genitore fosse poscia stato disciolto per divorzio, e si volesse in seguito rinnovare dalle parti riconciliate. Un nuovo consenso sarebbe stato necessario anche per cotal caso? E risposero che sì. Ecco la sentenza di Giuliano nel fr, 18 de r. n.: « nuptiæ inter easdem personas, nisi volentibus parentibus renovatæ, justæ non habentur. »

E del mancato consenso quale era l'effetto? Gli adottati testi non lasciano dubitare che il matrimonio sarebbe considerato siccome nullo.¹ Ma qui c'imbattiamo in un testo di Paolo (R. S. II, 19 § 2) che a prima vista presenta qualche difficoltà. « Eorum (così si esprime il giureconsulto) qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur: sed contracta non solvuntur: contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur. » Quelle parole « *sed contracta non solvuntur* » parrebbero accennare a una specie di teorica del *fatto compiuto*. Ma la supposizione, credo io, sarebbe errata: le parole di Paolo non alludono a questo: esse invece significano, che se il matrimonio fu legittimamente contratto non può disciogliersi per la volontà del genitore. Imperocchè è a sapersi che in antico alla *patria potestas* si attribuiva pur questo esorbitante effetto, che il padre potesse a piacer suo disciogliere il matrimonio della figlia rimasta

¹ Vid. et fr. 11 de st. hom. 1, 5.

non ostante le nozze sotto il suo potere. Vi allude quel lamento che il vecchio poeta Ennio mette in bocca di una figliuola:

« Si improbū esse Ctesiphontem existimaveras,
 « Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
 « Cur talem invitum, invitam cogis linquere? »

Vi allude ancora quest' altro passo di Paolo (R. S. V. 6 § 15): « bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit. » E vi allude un rescritto di Diocleziano e Massimiano che abbiamo nel Codice, L. 5 de rep. 5, 17. Il discorso adunque di Paolo accenna a questo scemato effetto della *patria potestas* a nozze seguite, ma non àltera la regola della necessità del consenso paterno per la validità delle nozze dei figli-famiglia.¹

È grave disputa tra gl' Interpreti intorno agli effetti del tardivo consenso paterno. Chi aveva bisogno di tale consenso per contrar valide nozze, se ne passò, e procedette al matrimonio. Ma, scorso qualche tempo, il padre finisce per approvare le nozze. Niun dubbio che da quel momento il matrimonio prenderà consistenza. Ma che sarà a dirsi del tempo precedente? Quel consenso opera *ex tunc*, o *ex nunc*? retroagisce, oppure no? Supponete per esempio che sian nati figliuoli, e che altri ne nascan dappoi. Saranno tutti legittimi? o il saranno quelli soltanto che dopo il consenso vennero alla luce? Il *Vinnio*, il *Voet*, a tacer d' altri,² tengono l' opinione

¹ Vid. *Pothier* du Contrat de Mariage n. 17. — *Schulting* Jurispr. Vet. Ant. ad cit. l. Pand. Aliter *Cujacc* Obs. III, c. 8.

² *Vinn.* ad J. I, 10 pr. n. 6: *Voet* ad P. 23, 2, n. 8: vid. et *Averan.* Int. Jur. IV, 23 n. 17.

più rigorosa, mossi soprattutto da quelle parole delle Istituzioni « *ut jussus parentis præcedere debeat.* » Se però poniam mente e alla generalizzata teorica del *consenso tacito*: e all'istituto della legittimazione dei figli *per subsequens matrimonium*: e al generale effetto retroattivo della *ratifica* sancito da Giustiniano (L. 7 C. de. Sc. Mac. 4, 28) « *generaliter omnis ratihabitio prorsus retrahitur, et confirmat ea quæ ad initio subsequuta sunt;* » parmi non dovremo avere difficoltà ad ammettere l'opinione di coloro che stanno per la *retroattività* del prestato consenso, almeno a termini del diritto nuovo.¹

Ma se quegli il cui consenso è necessario alle nozze si rifiutasse a prestarlo, o non fosse in condizione di poter consentire, suggerivano le leggi alcun rimedio? Pel primo di codesti casi provvede la legge Giulia. « *Capite 35 legis Juliæ* (così ci dice Marciano nel fr. 19 de r. n.), *qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere,...* per *proconsules præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare...* » Pel secondo, allorchè l'impedimento derivasse dallo stato di mente, tolte le antiche differenze tra il caso di *furiosus* e quello di *mentecaptus*, non che tra il matrimonio del *filius* e quello della *filiafamilias*, Giustiniano colla L. 25 C. de n. decise che in luogo del consenso paterno s'avesse a chiedere il placito del *præfectus urbis*, e nelle provincie del preside o del vescovo locale, coll' intervento dei curatori del furioso o demente.

¹ Vid. Heinecc. not. ad Vinn. loc. cit.; Huber. ad Pand. 23, 2 § 5: Noodt. ad Pand. XXII, 3.

Allorchè poi l'impedimento provenisse da cattività o da assenza, invalse già fin dall'epoca della classica giurisprudenza la massima, che si potesse addirittura far senza del consenso del *captivus* o dell'*absens*, se almeno da tre anni codesto impedimento durava. Appare dai frammenti 9 e 10 de r. n. Anzi, questa condizione del triennio, almeno pel caso di *captivitas*, è taciuta da Trifonino nel fr. 12 § 3 de capt. 49, 15; e per tutti due i casi, di *captivitas* e di *absentia*, opinava Giuliano (fr. 11 de r. n.) che non fosse necessario aspettare il triennio, purchè il figlio o la figlia avesse cura di congiungersi a tale, che presumibilmente avesse dovuto incontrare il gradimento paterno.

Tutto questo per le persone soggette a *patria potestas*: ma se *sui juris* non avevano a dipendere dal consenso di alcuno. E ciò fu sempre vero pei maschi: per le femine è lecito credere, che finchè durò in tutto il suo rigore la *tutela sexus*, dovessero in certo modo dipendere dai loro tutori. Quello che è certo si è, che il languiditarsi cotale tutela si giunse al punto, che anche per una minorenni avente curatore Severo ed Antonino rescrissero (fr. 20 § 1 de r. n.) « ad officium cūratoris administratio pupillæ pertinet, nubere autem pupilla suo arbitrio potest. » Però una reminiscenza, un residuo dell'antica *tutela sexus* rimase, dacchè leggiamo nel Codice, L. 1 de nupt., quest'altra costituzione degli stessi imperatori: « quum de nuptiis puellæ quæritur, nec inter tutorem et matrem ejus et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium præsidis provinciæ necessarium est. » Anzi, caduta ancora del tutto la *tutela sexus*, costituzioni imperiali (e ne avete la prova nella

L. 20 C. eod. di Onorio e Teodosio) imposero alle figlie minorenni *sui juris* di chiedere il consenso del padre, e in mancanza sua della madre e dei prossimi parenti, coll' intervento in dati casi dell' autorità giudiziaria.



LEZIONE VIII.

[9 Dicembre 1880]



Sponsali (Dig. XXIII. 1, Cod. V. 1). — Antiche forme, semplicizzate dappoi. — Condizioni per la validità degli sponsali. — Effetti giuridici dei medesimi. — Libera facoltà di scioglierli: diritto antico: diritto nuovo.

I. Solevano i romani far precedere alle nozze la promessa che le nozze stesse sarebbersi contratte in futuro: « *sponsalia* (dice il fr. 1 h. t.) sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum. » In antico adoperavasi la forma solenne della stipulazione: deriva anzi di qui la ragion del nome: « *sponsalia* (così Ulpiano nel fr. 2) dicta sunt *a spondendo*, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras: » e Fiorentino soggiunge nel fr. 3: « unde et *sponsi sponsæque* appellatio nata est. » Fino a tale promessa la donna dicevasi *sperata*; ¹ dopo prendeva nome di *sponsa*: ² è, come vedete, il corrispondente della nostra *sposa*, o *fidanzata*: *sponsus* dicevasi l'uomo che si era vincolato con promessa di nozze.

I commediografi, Terenzio e Plauto, ci danno le formule degli sponsali: « *spondesne mihi hanc uxorem?*

¹ Plauto Amph. II, 2, 44.

² Aul. Gell. N. A. IV, 4.

spondeo: » e i classici, Cicerone, Plinio ed altri, ricordano le solennità religiose onde gli sponsali erano in antico accompagnati, e la cena celebrata con gran pompa, e i donativi fra cui primeggiava l'anello che la sposa solea tenere nel dito vicino al mignolo della mano sinistra, perchè si credeva ¹ « *nervum quemdam tenuissimum ab eo uno digito ad cor hominis pergere ac pervenire*: » e la costituzione di dote, e la fissazione del dì delle nozze, cosa importante pei molti giorni dell'anno nei quali, secondo le idee romane, contrar nozze non era bene. ²

Più tardi si semplifica la forma: la promessa si fa anche a mezzo di semplice patto, fr. 4 « *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*: » e poco monta se il consenso si faccia o no constare in iscritto, fr. 7: « *in sponsalibus nihil interest utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat*: » come altresì non fa divario che il consenso si presti *inter absentes*, cit. fr. 4 § 1 « *constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc quotidie fieri*, » o per lettera o a mezzo d'intermediarii. Sicchè Ulpiano ci dice nel fr. 18, « *in sponsalibus constituendis parvi refert per se et coram, an per internuntium, vel per epistolam, an per alium hoc factum est; et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur*. » Basta bene che gli assenti sappiano che gli sponsali si fanno: anzi basta a tal fine la susseguente ratifica, fr. 5 « *hæc ita si scientibus his qui absint sponsalia fiant, aut si postea ratum habue-*

¹ Aul. Gell. N. A. X, 10.

² Ovid. Fast. VI 221 « *Hanc ego cum vellem genero dare, tempora tædis Aptæ requirebam, quæque cavenda forent*. »

rint. » Quello adunque che accadde in tanti altri istituti, quello di cui ad ogni passo ci danno testimonianza le nostre fonti, e cioè che si comincia da un rigore di formole sacramentali, e si finisce con un fare più libero e sciolto, è avvenuto pur qui: la *stipulatio* ha ceduto il posto alla semplice convenzione: la sostanza ha prevalso alla forma.

II. Quali le condizioni che richieggonsi alla validità degli sponsali? Queste due: 1^a il consenso, oltrechè degli sposi, di coloro il cui consenso era richiesto alla validità delle nozze: 2^a l'assenza di impedimento alle nozze.

Se le parti trovavansi soggette all'altrui podestà, non bastava il loro consenso: « in sponsalibus (dice il fr. 7 § 1) etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. » Si ammetteva però qui pure il consenso presunto: « intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit; » e così si ammetteva il consenso presunto nel caso inverso, fr. 12 « quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur. » Anzi, per la figlia si seguiva qui un grande rigore. Perchè, mentre pel figlio trovo scritto da Paolo in generali termini, fr. 13 « filiofamilias dissentiente sponsalia ejus nomine fieri non possunt; » per la figlia invece scrive Ulpiano nel cit. fr. 12 § 1, « tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat. » Ciò spiega come in Plauto e in Terenzio troviamo infinite volte formole di sponsali conclusi col padre della fanciulla, senza preoccupazione dell'intervento o dell'assenso di essa: « quid nunc? etiam mihi despondes

filiam? — Illis legibus, cum illa dote quam tibi dixi. — Sponden' ergo? — Spondeo.¹ »

In generale, l'impedimento esistente alle nozze fra due persone, è pure impedimento alla validità degli sponsali. Così Modestino parlando nel fr. 15 dell'impedimento nascente dal rapporto di tutela, soggiunge, « scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere. » E così ancora Ulpiano nel fr. 16, riferendosi all' *Oratio Antonini et Commodi*, che certe nozze disdisse ai senatori, nè fece menzion di sponsali, ha cura di osservare « recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus ipso jure nullius esse momenti, ut suppleatur quod Orationi deest. »

Nè solo se la causa d'impedimento alle nozze è *perpetua* osterà alla validità degli sponsali, ma ancora se è soggetta a cessare. Di che avete un memorabile testo di Paolo nel fr. 35 § 1 de v. o. 45 I, concepito così: « quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio: veluti si sororem suam nupturam sibi aliquis stipuletur. Quamquam, *etiamsi non sit perpetua causa*, ut recidit in sorore adoptiva, *idem dicendum sit*: quia statim contra mores fit. »

Ma vi son casi in cui l'impedimento temporaneo alle nozze non osterebbe alla validità degli sponsali che intanto si contraessero: sono appunto que' casi ne' quali non potrebbe dirsi che la stipulazione sponsalizia, per la presenza di quel temporaneo impedimento, « *statim contra mores sit*. » Gli è così che Paolo potè dire nel fr. 38 de r. n. 23, 2 che il pubblico funzionario non può

¹ Aulular. II, 2, 77.

prendere in moglie una donna della provincia in cui ha l'ufficio, ma che tuttavia può contrarre sponsali, « quamvis sponsare non prohibeatur; » gli è pure così che potè dire Modestino nel fr. 14 h. t. « in sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter et a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est si non sint minores quum septem annis. »

III. Gli sponsali contratti producevano questo effetto giuridico, che sotto certi rapporti la *sponsa* avevasi *uxoris loco*. Possiamo di questa formola addurre le più svariate applicazioni.

È noto che al marito compete azione contro l'ingiuriatore della moglie sua. Ebbene, la stessa azione compete (ce lo dice Ulpiano nel fr. 15 § 24 de inj. 47, 10) allo sposo per ingiuria fatta alla sposa: « sponsum quoque ad injuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam ejus injuria quæcumque sponsæ ejus fiat. »

La legge Pompea *de parricidiis* non fa menzione della persona della sposa: Marciano però nel fr. 3 ad d. L. 48, 9 insegna, che secondo lo spirito della legge vi si deve tenere compresa: « novercæ et sponsæ personæ ommissæ sunt: sententia tamen legis continentur. »

La legge Giulia *de adulteriis* non parla di sposa, parla sol della moglie: ma Ulpiano nel fr. 13 § 3 ad d. L. 48, 5 ricorda avere gl'imperatori rescritto « etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque, nec spem matrimonii violare permittitur. »

Privilegii furono scritti a favor della dote, istituto che suppone il matrimonio seguito. Eppure se la sposa ha consegnata preventivamente la dote, e le nozze non ebber luogo, quegli stessi privilegi le competeranno. È quanto detta Ermogeniano nel fr. 74 de jur. dot. 23 3: « si sponsa dotem dederit, nec nupserit, ... exemplo dotis condictioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit. » È così parimenti Cajo ci dice nel fr. 4 de fund. dot. 23, 5, che la legge Giulia, la quale provvide a che il marito non vincoli nè alieni il fondo dotale, « plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem juris sit, quod de marito. »

Ancora dello stesso giureconsulto è il fr. 5. de test. 22, 5, in cui ci si dà una prova novella di questa equiparazione: « in legibus quibus excipitur ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet: item soceri sponsae patrem. »

Finalmente una delle clausole dell' Editto Pretorio conservateci da Giuliano nel fr. 1 de his qui not. infr. 3, 2. colpisce coloro che contrassero nuovi sponsali, non ancora disciolti i primi, non men di coloro che doppie nozze contrassero: « qui bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit, infamia notatur. »

IV. Però questo vincolo che nasceva dagli sponsali poteva disciogliersi a volontà delle parti. Occorreva a tal fine una disdetta (*renuntiatio*), di cui Cajo ci ha tramandata la formola nel fr. 2 § 2 de div. et rep., 24, 2, con queste parole: « in sponsalibus quoque discutendis placuit renuntiationem intervenire oportere,

in qua re hæc verba probata sunt: — conditione tua non utar. » Ma cotale disdetta era lasciata alla libera volontà degli sposi: « alii desponsatæ (dice la L. 1, C. h. t.) renuntiare conditioni ac nubere alii non prohibentur. » Ciò risulta ancora dalla L. 2 C. de rep. 5, 17, rescritto di Valeriano e Gallieno a certa Paolina. Questa aveva una figlia, fidanzata ad un tale che da tre anni peregrinava, e non se n'avean notizie. La fanciulla era stanca del lungo attendere, e non rifugiava da una nuova condizione di maritaggio: ma la tratteneva il timore di far cosa dalle leggi non consentita, o forse il dubbio le nasceva da questo, che trovandosi assente lo sposo essa non gli poteva notificare la *renuntiatio*. Ma gl'imperatori tolser lo scrupolo con questo rescritto che diressero alla madre ricorrente: « liberum est filiæ tuæ, si sponsum suum post tres peregrinationis annos expectandum sibi ultra non putet, ommissa spe hujus conjunctionis, matrimonium facere, ne oportunum nubendi tempus, amittat: quum posset nuntium remittere et si præsentem illo consilium mutare voluisset. »

Libero adunque alle parti di sciogliersi dagli sponsali. Ma se l'una di esse il facesse senza motivo plausibile, andava forse soggetta a qualche ragion d'indennizzo?

Aulo Gellio nelle Notti Attiche Lib. IV, cap. 4 ci ha conservato un frammento di Servio, da cui risulta che nel Lazio si accordava un'*actio de sponsu* contro quella parte che senza giusta causa rompesse la data fede. Non vi dispiaccia udire questo frammento: « sponsalia in ea parte Italiæ quæ Latium appellatur hoc more

atque jure solita fieri, scripsit Servius Sulpitius... si post eas stipulationes uxor non dabatur, aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Judices cognoscebant. Judex, quamobrem data acceptave non fuisset uxor, quærebat. Si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui spoponderat aut qui stipulatus erat condemnabat. » Ma poi soggiunge: « hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus quo civitas universo Latio lege Julia data est. — Hæc eadem Neratius scribit in libro quem de nuptiis composuit. »

Pare adunque che il diritto romano di quel tempo non ammettesse un'azion d'indennizzo per sponsali disciolti anche senza motivo. Forse anche in Roma un dì si ammetteva, e lo possiamo argomentare così dalla solenne forma che si usava di stipulazione, come da ciò che dice Varrone (de Ling. lat. VI, 71), il quale accenna e a un *prætorium jus*, e a un *ensorium judicium*. Ma abbandonata la forma rigorosa di stipulato, dovettero considerare i Romani essere più conveniente non costringere, nemmeno per indiretta via, il fidanzato a stringere un nodo che più non gli piacesse. Forse il *renunciatus* senza motivo plausibile continuò ancora ad esser soggetto a nota censoria: ma certo un'azione civile di emenda non potè più contro di lui intentarsi.

E tanto voller libera i Romani questa facoltà di ripudio, che non ammisero nemmeno l'efficacia di una *stipulatio pœnalis* pel caso d'ineseguitamento della promessa. Appare da due espliciti testi, uno delle Pandette, l'altro del Codice. Nel fr. 134 pr. de v. o. 45, l. Paolo

qualifica una stipulazione di tal genere « non secundum bonos mores interposita, » perchè « inhonestum visum est vinculo pœnæ matrimonia obstringi. » E gl'imperatori Leone ed Antemio proclamano nella L. 5 in fin. C. h. t. « si cautio pœnam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, quum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat. »

Però la giustizia o non del ripudio, l'esservi cioè o il non esservi motivo plausibile, non fu nell'epoca degli imperatori cristiani cosa al tutto indifferente per certi effetti giuridici.

Già quella stessa legge che vi ho ora citata, mentre rifiuta da un lato la *pena convenzionale*, ammette dall'altro la validità delle *arrhæ sponsalitæ*, alle quali (abolita la legge di Teodosio ed Onorio L. un. C. Th. si nupt. ex resc. pet. 3, 10, che stabiliva per esse un *jus singulare*) applica il comune diritto delle *arrhæ* ordinarie.

Poi l'importanza della distinzione appare in tema di *sponsalitia largitas* o *donatio*, ossia di quei doni che soglionsi tra loro fare gli sposi. A cotali donativi si applicavano un dì le regole comuni della *donatio*: si avevano cioè per irrevocabili, a meno (come dice Giuliano nel fr. 1 § 1 de don. 39, 5) che si fosse espressa la clausola « ut nuptiis non secutis res auferatur. » Di questa irrevocabilità danno anche prova le LL. 9, 10 e 11 C. de don. ante nupt., vel pr. nupt., et sponsalibus 5, 3. Ma Costantino cambiò questo diritto colla legge che è riferita al n. 15 dello stesso titolo. Nella *sponsalitia largitas* egli volle si sottintendesse la condizione « si nuptiæ sequantur: » di tal che non avvenuto il

matrimonio, stabili si potesse ripetere, negata però la facoltà di ripetere a quella parte che per sua colpa o capriccio avesse impedito le nozze.

Singolare assai è il disposto di un'altra legge dello stesso imperatore, che figura come 5ª nel C. Th. al titolo de spons. 3 5, e come 16ª al Codice Giustiniano, d. tit. Riguarda anch'essa le *sponsalitiæ largitates*: e figura il caso che le nozze non abbiano avuto luogo per morte. Or ecco ciò che a Costantino piacque. Se fu lo sposo il donante, e gli sponsali si conchiusero « *interveniente osculo*, » la donataria o i suoi eredi potranno trattenersi la metà della donazione: intera dovranno restituirla se non vi fu il bacio. Ma bacio o no vi sia stato, tutta intera si revoca la donazione se dalla sposa fu fatta. « *Si a sponso rebus sponsæ donatis interveniente osculo*, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, *dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere præcipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctæ heredes, cujuslibet gradus sint, et quocumque jure successerint: ut donatio stare pro parte dimidia, et resolvi pro parte dimidia videatur. Osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem*, et donatori sponso vel heredibus ejus restitui. Quod si *sponsa, interveniente vel non interveniente osculo*, donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, *omni donatione infirmata*, ad donatricem sponsam sive ejus successores, donatarum rerum dominium transferatur. »

Se vi prende vaghezza di leggere un curioso commento a questa legge, potete vedere quello dell'erudi-

tissimo *Giacomo Gotofredo*, il quale d'ordinario compassato e grave qui si lascia un po' andare a osservazioni, citazioni ed aneddoti che tengono alcun poco del *rabeliano*. Così, per esempio, chiedendo a sè stesso perchè mai se gli sposi si eran baciati dovesse la sposa o l'erede suo lucrare la metà dei donativi, quando la morte abbia impedito le nozze, risponde che « cui sponsus osculum præbuit, plusquam sponsa censeri debet, » perchè deve intendersi « delibata quadantenus, et pro parte dimidia, sic ut dicam, sponsæ pudicitia, osculo interveniente. » E va più innanzi, e cita, quantunque solo a metà, quel distico di Ovidio « Oscula qui sumpsit, si non et cætera sumet, Hæc quoque quæ data sunt perdere dignus erit. » Poi si diffonde in una specie di giurisprudenza comparata, ed osserva che « jure longobardico Vasallus ob solum osculum uxori domini latum, feudo privabatur: » ma tosto soggiunge: « verum hæc et his similia hodie moribus non obtinent, ubi oscula non tam caro venduntur. » E in fine domanda, perchè mai non si è tenuta da Costantino la stessa distinzione anche pei donativi fatti dalla sposa allo sposo: « cur non distinguitur osculum intervenit nec ne? » e risponde: « hujus rei ratio hæc, ut mihi quidem videtur, est: quia pudor virginalis vel mulieris non admittit hanc distinctionem: nec enim mulier viro, sed vir mulieri osculum ferre, et auferre seu carpere præsumitur, et osculum viri gratia non mulieris intervenire. »

Abbiamo esaminato, o Signori, come vi aveva promesso, l'indole degli *sponsali*, e le loro antiche forme, semplicizzate dappoi. Abbiamo studiate le condizioni richieste per la loro validità, e le giuridiche conseguenze

loro. E da ultimo abbiamo vedute le fasi che in diritto antico e in diritto nuovo ha subito la facoltà di scioglierli. Nella riunione ventura procederemo allo studio di quell' altro importante tema che vi proposi, cioè delle facoltà di sciogliere non la promessa di nozze, ma le nozze compiute: studieremo cioè il *divortium* nei varii momenti della legislazione romana.

LEZIONE IX.

[11 Dicembre 1880]

DIVORZIO (Dig. XXIV. 2 Cod. V. 17).

Antica legislazione romana in proposito. — Frequenza dei divorzii negli ultimi tempi della repubblica e nei primi dell'impero. — Freni posti dalle leggi di Augusto: scarsi effetti raggiunti. — Legislazione degli imperatori cristiani, a cominciare da Costantino. — Contegno della Chiesa in quei primi tempi. — Breve raffronto dell'istituto del divorzio e di quello di separazione personale dei coniugi.

Il matrimonio, come *consortium omnis vitæ*, presenta nella sua idea fondamentale, nella sua aspirazione, nel suo scopo, l'elemento di perpetua durata. Esso è l'unione di due anime che si propongono di ajutarsi a vicenda nel difficile cammino della vita, di dividere insieme la prospera e l'avversa fortuna, « *consortium rerum secundarum adversarumque*, » di procurare figliuoli alla patria che colla virtù, col senno e colla mano allietino il focolare domestico, e facciano la città grande e rispettata, « *principium urbis, et quasi seminarium reipublicæ*, » secondo la bella frase di Tullio nel De Off. I, 17.

Ma quest'unione dell'anime può malauguratamente cessare: quell'ideale può nella triste realtà delle cose tradursi in una finzione, in una delusione amara: quella « *conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens* »

può convertirsi nel fatto in una intollerabile catena. Sarà desso indissolubile il vincolo? E si dovranno costringere ad una convivenza forzata due esseri che invece di amarsi si odiano, che invece di scambievolmente aiutarsi nell'aspra via del perfezionamento morale, si dan mano in certa guisa a demoralizzarsi a vicenda, gli eccessi dell'uno servendo di provocazione e di scusa agli eccessi dell'altro?

I Romani così non la intesero: e fino dai più remoti tempi scrissero nelle loro leggi il *divorzio*, come mezzo di dissoluzione del conjugio. Vero che Dionigi d'Alicarnasso ci narra (II, 25) che le nozze confarrate erano indissolubili. Ma da un lato è ovvio notare che la *confarreatio* non era l'unico modo di contrar nozze: e dall'altro pare assai probabile che Dionigi abbia a torto generalizzato quel che era proprio delle nozze del *Flamen dialis*. Il matrimonio di cotal sacerdote era per verità indissolubile, come ci dice A. Gellio N. A. X, 15, « *matrimonium Flaminis nisi morte dirimi non est jus*: » e Ovidio nei Fasti VI, vers. 231 introduce la moglie del Diale che dice, in certi tempi esserle disdetto il contatto col marito, « *Non tetigisse virum, quamvis Jovis ille sacerdos, quamvis perpetua sit mihi lege datus* ». « Ma (nota egregiamente lo *Schupfer*¹) l'errore sta nell' avere generalizzato a tutti i matrimoni per confarreazione questa che era determinazione affatto propria del diritto sacro: » e forse l'errore sarà nato da questo, che all'epoca di Dionigi il solo matrimonio confarrato era omai quello del Flamine Diale.

¹ La Famiglia secondo il Dr. Rom. v. 2, pag. 164.

Del resto fino dai primi tempi di Roma, fin dall'epoca regia, noi ci scontriamo in una legge di Romolo ricordataci da Plutarco (*Romul.* 22), secondo la quale al marito era concesso di ripudiare la moglie, o impunemente per determinate cause, o assoggettandosi alla pena pecuniaria della perdita di parte delle sue sostanze, che veniva attribuita alla ripudiata, e di parte che veniva consacrata a Cerere. Quelle cause che mettevano il marito in condizione di potere impunemente ripudiare la moglie, erano l'adulterio, la preparazion di veleni, la falsificazione delle chiavi della cantina. Non sorridete per quest'ultima causa. Essa si collega al vecchio costume romano d'interdire alle donne l'uso del vino. Ce lo attesta Valerio Massimo (*Fact. et dict. mem.* I. 1. 5) il quale ne adduce altresì la ragione: « vini usus olim romanis feminis ignotus fuit, ne scilicet in aliquod dedecus prolaberentur, quia proximus a Libero patre intemperantiæ gradus ad inconcessam venerem esse consuevit. »

Quanto durò questo gius romuleo, che determinava così le legittime cause di divorzio, e che alla donna negava la facoltà concessa al marito? Non è ben chiaro. Parrebbe tuttavia da un passo di Cicerone (*Philipp.* II, 28), che la Legge delle XII Tavole avesse allargata la facoltà del divorzio. « Frugi factus est (così egli parla ironicamente dell'uomo contro cui inveisce): illam suas res sibi habere jussit, *ex duodecim tabulis* claves ademit, exegit. » Però testimonii non mancano della riprovazione cui andava incontro colui che per futili motivi ripudiasse la donna sua. Valerio Massimo (II, 9 2) ricorda un Lucio Annio, che i Censori respinsero dal

Senato, perchè « *quam virginem in matrimonium duxerat, repudiasset, nullo amicorum consilio adhibito.* » E lo stesso Autore (II, 1, 4), non che Aulo Gellio (IV, 3, XVII, 21) ricordano il divorzio di Spurio Carvilio Ruga dell'anno 520 di Roma, che dimise la donna « *sterilitatis causa,* » prendendo a pretesto il giuramento da lui dato innanzi ai Censori « *liberorum quærendorum causa uxorem se habere.*¹ » E di tale divorzio vien ricordato, che « *reprehensione non caruit.* »

Convien dire che in quei primi secoli della romana repubblica i casi di divorzio, quelli almeno non legittimati da grave causa, fossero assai scarsi ed infrequenti, se i classici han cura di additarci (sebbene erroneamente) come primo divorzio quello di Carvilio. Il divorzio era sì un rimedio, ma un estremo rimedio a mali estremi: « *melius quidem in pessimis* (dice Tullio ad Att. XI, 23) *nihil fuit discidio.* » Ma in progresso di tempo, rallentatasi la severità dei costumi, introdotto il lusso in larghissima scala, contornate le donne da una atmosfera di seduzioni d'ogni maniera,² del divorzio si abusò, come d'ogni umano istituto. Leggete Plauto e Terenzio: ad ogni passo v'incontrerete in minacce di divorzio pei più futili motivi, od anche per niun altro motivo che quello di divorziare. Nella corrispondenza epistolare di Cicerone (ad. Fam. VIII, 7) troverete questo passo di una lettera di Celio che dà la seguente notizia come di cosa la più naturale: « *Publia Valeria,*

¹ Vid. *Savigny* Ration. Stor. di Dir. Trad. *Tedeschi.* v. 1 pag. 146 e seguente.

² Vid. *Friedländer* Moeurs rom. du règne d'Aug. Q. *Vogel,* t. 1, livr. 5.

soror Triarii, *divortium sine causa*, quo die vir e provincia venturus erat, *fecit*. » I divorzii di Silla, di Pompeo, di Cesare, e di tanti altri, che potete leggere in Plutarco, e in Svetonio, sono ben poco edificanti: e ci rattrista il vedere il grande oratore e filosofo, Marco Tullio, ripudiare Terenzia per il basso motivo di sposare una giovane ricca, e procacciarsi così i mezzi di rimediare al patrimonio oberato.

Come siam lontani, o Signori, da quella semplicità di costumi, indicatoci da Valerio Massimo (II, 1, 6) quando, nata discordia tra marito e moglie « In sacellum deæ Viriplacæ veniebant, et ibi invicem locuti quæ volebant, contentione animorum deposita concordēs revertebantur! » Quanto siam lontani dalla severità censoria che colpiva di nota colui che avea fatto divorzio « nullo amicorum consilio adhibito; » e da quello stato della pubblica opinione che riprovava il ripudio della donna sterile « quamquam tolerabili ratione motus videretur, » perchè « ne cupiditatem quidem liberorum conjugali fidei præponi debuisse arbitrabantur!¹ »

E alla frequenza dei divorzii contribuiva altresì un'altra causa, riposta in una esagerazione mostruosa del concetto di patria podestà. Parrebbe incredibile, eppure è vero. Il padre che aveva data sua figlia in matrimonio *sine manu*, e che conservava sovr'essa la *patria potestas*, poteva a sua posta disciogliere quel matrimonio, intimare il divorzio. Si trattasse pure di *matrimonium bene concordans*; durasse pure l'unione delle anime; fossero i coniugi reluttanti alla separazione; se il padre

¹ Val. Max. II, 1, 4.

parlava, bisognava rassegnarsi, e divor tire! Anche qui ricorrono numerose le scene delle vecchie commedie, che ritraggono gli usi della vita reale. E più che tutto ricorrono espliciti i testi. Paolo (R. S. v. 6, § 15) ci dice che Antonino Pio fu il primo a negare ai padri questa enorme facoltà: « bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit. » L'imperatore Marco ripeté il divieto, « nisi magna et justa causa interveniente hoc pater fecerit, » come dice la L. 5, C. h. t. E se Ulpiano afferma (fr. 1, § 5 de lib. exh. 43 30) « certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur, » soggiunge parole che ben dimostrano con quanto riserbo si toccavano gli attributi della *patria potestas*: « quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat. »

Alla sconfinata libertà di divorzio Augusto tentò con sue leggi di porre un freno: « divortiis modum imposuit, » dice Svetonio (in Aug. c. 34). Ma non bisogna attribuire a codeste leggi una portata più grande di quella che abbia il contenuto loro. Il *modus* consistette primo nella forma richiesta per intimare il ripudio,¹ che ci viene così descritta da Paolo (fr. 9, h.), « nullum divortium ratum est, nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis, præter libertum ejus qui divortium faciet. » Non appare fosse per legge necessario che dovesse risultare da scritto la intimazione del divorzio, di cui Cajo ci ha conservata la formola nel fr. 1, § 1 h.:

¹ Ulp. fr. 1, § 1 unde v. et u. 38: « Lex Julia da adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. »

« tuas res tibi habeto, » « tuas res tibi agito. » Però Papiniano nel fr. 7 ricorda il *libellus divortii*, e la menzione del *repudii libellus* di nuovo ricorre nella L. 6, C. h. t.

In secondo luogo, il freno posto da quelle leggi fu di assoggettare a pene pecuniarie quello dei due congiugi che con fatto riprensibile avea dato causa al divorzio. Ulpiano ci dice in questo proposito (Fragm. VI, 12 e 13) che per gravi mancanze della donna « *morum graviorum nomine*, » e cioè per l'adulterio, il marito avea dritto a trattenere un sesto della dote « *sexta retinetur*; » e per mancanze leggiere, un ottavo « *leviorum autem, octava*. » Per converso i « *mariti mores* » eran puniti col fargli perdere i termini dilatorii della restituzione della dote, se trattavasi di « *mores majores*, » e se di « *minores*, » coll'abbreviarli.¹ Era diretto a questo intento il *judicium de moribus*, di cui fanno menzione in più luoghi le nostre fonti: e intorno a cui mi piace di ricordarvi questi due passi. Uno di Paolo nel fr. 5 pr. de pact. dot. 23, 4, che sottrae l'*actio de moribus* alla efficacia di patto preambolo: « *illud convenire non potest, ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur: ne publica coercitio privata pactione tollatur*. » L'altro di Papiniano nel fr. 39 sol matr. 24, 3, che introduce una compensazione tra i reciproci torti dei divorziati: « *viro et uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est: id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur, paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*. »

¹ Vid. et Fragm. Vat. 106, 107, 120, 121.

Ma errerebbe grandemente chi credesse che queste leggi avessero fatto diminuire d'assai i casi di divorzio. Già di ben picciol freno potevano essere i dettati di un imperatore che tanti esempi avea dato egli stesso di capricciosi divorzi.¹ Poi la sempre invadente corruttela dei costumi si rise delle moderate pene sancite da quelle leggi: sprezzò il *judicium de moribus*; e giunse al punto che la classica letteratura dell'epoca imperiale è piena delle più amare satire, delle più rattristanti pitture. Chi non ricorda quei versi di Giovenale (Sat. VI, 20) « sic fiunt octo mariti, quinque per autumnos? » Chi quel detto di Seneca (de Benef. III, 16) riguardo a certe matrone, che « non consulum numero, sed maritorum annos suos computant? » O i dieci mariti che Telesilla cambiò (al dir di Marziale Ep. VI, 7) nel breve spazio di un mese, proprio come vesti che appena usate si smettono? Ecco, esclama il poeta, begli effetti delle leggi Giulie: « Julia lex populis ex quo, Faustine, renata est, atque intrare domos jussa Pudicitia, Aut minus, aut certe non plus tricesima lux est, Et nubit decimo jam Telesilla viro.² » Facciamo pure una larga parte alla esagerazione: bisognerà sempre dire che un gran fondo di realtà vi fosse in queste concordi descrizioni di costumi.

D'altra parte non conviene dimenticare che oltre al divorzio voluto da uno solo dei congiugi a dispetto dell'altro, vi era il divorzio *bona gratia* consentito da tutti e due: e che questo sfuggiva ad ogni penalità, ad ogni limitazione o freno. « Plerique (come diceva Ulpiano

¹ V. Svetonio in Aug. 62.

² V. Gibbon. History of the decl. and fall of the R. Emp. ch. 44 pag. 270 e 271.

fr. 32, § 10 de don. int. v. et u. 24, 1) cum ira sui animi et offensa discedunt, » « plerique (ancora) discedunt bona gratia. » Anzi non era infrequente il caso che questi divortenti d'amore e d'accordo si facessero dei donativi: sicchè nei fr. 60, 61 e 62 pr. d. tit. leggete: « divortii causa donationes inter virum et uxorem concessæ sunt: sæpe enim evenit, uti propter sacerdotium, vel etiam sterilitatem, vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam satis commode retineri matrimonium non possit, et ideo bona gratia matrimonium dissolvitur. » D'altra parte la libertà di divorzio fu riconosciuta al punto, che e Paolo nel fr. 134 pr. de v. o. 45, 1, e l'imperatore Alessandro nella L. 2 C. de in. stip. 8, 39, dicono nulli i « pacta ne liceret divertere, » e proclamano la massima « libera matrimonia esse, antiquitus placuit. »

Sotto gl'imperatori cristiani, a cominciare da Costantino, la legislazione del divorzio subì fasi diverse. Ciò ben s'intende. La Chiesa mirava alla indissolubilità del vincolo matrimoniale: gl'Imperatori, pur non osando romperla col generale costume, cercarono di frenare il divorzio in limiti più ristretti, assegnando le cause per cui soltanto fosse lecito ad una delle parti ricorrervi quando l'altra si era resa colpevole di qualche fatto, e stabilendo pene pecuniarie o affittive per il colpevole. Così fece Costantino colla L. 1, C. Th. de rep. 3, 16; così Teodosio colla Nov. Th. 17, riprodotta nella L. 8, C. h. t.; così Giustiniano colle LL. 10 e 11 C. eod: e più tardi colle Novelle 117, 127 e 134. Pene pecuniarie: reclusione in un monastero: ecco la prospettiva che Giustiniano mette innanzi a chi fa divorzio senza giusto motivo, o a chi è colpevole del fatto che legittima il

divorzio a favore della parte innocente. E determina questi giusti motivi di divorzio, fra i quali, a lato di crimini che ledono l'ordine pubblico dello Stato, figurano quei fatti che ledono il diritto del conjuge, e rendono per lui insopportabile la convivenza matrimoniale: sevizie, ingiurie gravi, adulterio, e impotenza del marito constatata da un triennio (periodo ahimè ben lungo) di convivenza infruttuosa.

Quanto però ai divorzii consensuali, questo stesso imperatore colla Nov. 22 cap. 3, li tenne fermi come in antico. Ma poi poco appresso se ne pentì (è cosa che a Giustiniano non di rado accadeva, come appare da tante delle sue leggi non ostante che il più delle volte nel pubblicare una legge nuova la proclamasse con superba formola « *valituram in omne ævum* »): e in fatti colla citata Nov. 117 al cap. 10 disse: « quia vero nonnulli etiam consensu matrimonia in hunc usque diem solverunt, in posterum nullo id modo fieri permittimus, nisi forte quidam castitatis desiderio id fecerint. » Ma anche questo divieto durò poco. Il suo successore Giustino II riprodusse l'antica facoltà del libero divorzio consensuale, colla Nov. 140, provocata (come si legge nella prefazione) dai lamenti di molti che a lui ricorsero: « multi nos adierunt, qui nuptias inter se contractas odio habentes et adversantes, indeque bella et pugnas domi ortas esse causantes (id quod valde dolendum et tædiosum etiam est) rogarunt, ut illæ solverentur, etsi causas, ob quas sine metu id illis facere leges concedunt, afferre non possunt. » Si trattava in somma di quella che con linguaggio moderno si direbbe « incompatibilità di carattere. » E l'imperatore finisce col dire, che

sta bene, e che d'ora innanzi « *secundum pristinum jus matrimonia consensu dissolvere liceat:* » e ne adduce ancor la ragione: « *nam si mutua affectio nuptias facit, merito easdem contraria sententia consensu solvit.* »

Quanto alla sorte dei figli a matrimonio sciolto per divorzio, troviamo nelle leggi romane queste disposizioni. La L. un. C. div. facto 5, 24 di Diocleziano e Massimiano lascia in facoltà del competente giudice lo stabilire, se attese le varie circostanze dei contingibili casi debba la prole al padre o alla madre affidarsi: « *Licet neque nostra neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutrirī debeant.* » Giustiniano colla Nov. 117, c. 7 precisò alquanto più le cose. Egli volle si avesse riguardo alla causa determinativa del divorzio. Fu il marito che vi diè causa coi suoi trascorsi? E allora i figli stiano presso alla madre, almeno fino a passaggio a seconde nozze, e il padre sostenga le spese di alimentazione: « *si pater (così l'autentica tratta da quella novella, e soggiunta alla citata L. un. C. div. facto) causam divortii præstiterit, apud matrem ad secundas nuptias non venientem liberi nutriantur patris expensis.* » Fu invece la donna che vi diè causa? Ed in tal caso si osserverà la regola inversa: « *si vero contra, tunc apud patrem matris locupletis expensis, nisi pater minus idoneus sit; tunc enim apud matrem locupletem nutriantur. Nam quemadmodum locupletes filii matrem alere coguntur egentem, ita justum decernimus et a matre filios pasci.* » E perchè ben s'intenda

che ciò non è limitato ai soli genitori, ai soli ascendenti immediati, l'imperatore ha cura di soggiungere: « quod de matre et filiis indigentibus dictum est, hoc quoque in omnibus ascendentibus et descendantibus personis utriusque naturæ decernimus observari. »

Ecco adunque, o Signori, anche questi Imperatori cristiani lasciar sussistere il divorzio, come mezzo di sciogliere un matrimonio divenuto insoffribile. E la Chiesa che faceva essa? Disapprovava essa forse la loro condotta? *Troplong*,¹ ostile al divorzio, si contenta di dire che la Chiesa, in vista della difficoltà dei tempi, « ne s'opposa pas à ce que le pouvoir temporel entrât dans un régime mixte, dans un système de concessions. » Sta, in fatto però che essa non elevava la voce contro tale legislazione. Anzi: il Concilio d'Arles, che si tenne nel 314 imperante Costantino, inclina all'indulgenza verso il marito giovane che, sorpresa la moglie in adulterio, la ripudia e passa ad altre nozze. Sant'Agostino (de fid. in oper.) dice essere almeno molto dubbio se ciò sia lecito o no, « in ipsis divinis sententiis obscurum est, » e per suo conto lo mette tra i peccati veniali, « ut, quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur. » Sant'Ambrogio (Comm. in Ep. I, ad Corinth.) spiega una tolleranza ancor più grande, e dice addirittura « viro licet uxorem ducere si dimiserit uxorem peccantem, » sebbene con poco galante e molto ingiusta contraddizione neghi uguale diritto alla moglie, per quella ragione ch'egli così esprime, e ch'io non arrivo a comprendere, « capax enim mulieris vir est! »

¹ Inf. du Christ. sur le Dr. civ. des Rom. part. 2, ch. 6.

Ci vengano poi a dire che noi siam reprobi, quando sosteniamo l'istituto del *divorzio*, e lo preferiamo al sistema della *separazione personale*, che trae seco tutti gl'inconvenienti del divorzio senza averne i vantaggi. Diciamo noi forse che il divorzio sia per sè desiderabile cosa? No: anche per noi l'ideale è la perpetuità del conjugio; ed auguriamo che i costumi facciano raggiungere codesto ideale; ma diciamo che in date condizioni il divorzio è un diritto; lo diciamo un rimedio estremo a estremi mali: « melius quidem in pessimis nihil fuit discidio, » per usare l'espressiva frase di Cicerone. Vogliono invece la separazione: vogliono che nei casi d'adulterio, di crimine, di atroci ingiurie, di impossibile vita comune, si tronchi la *conjunctio vitae*, ma il vincolo rimanga. E quali son poi gli effetti di questo sistema, che in definitiva è un sacrificio fatto a una credenza religiosa a scapito della logica e del diritto? Questi, che il *Laurent* riassume in una eloquente pagina,¹ che vi traduco, e colla quale pongo termine al presente discorso.

« Per la separazione i conjugii sono condannati a un celibato forzato, vale a dire si pongono in uno stato di cose in cui l'immoralità è quasi fatale. Il più sovente è l'adulterio dell'uno dei conjugii, a volte di tutti a due, che fa pronunziare la separazione; forsechè, separati, rinunzieranno a queste relazioni colpevoli? L'innocente soffrirà dei disordini del suo congiunto, perchè esso continua a portare il suo nome, perchè è suo marito, o la moglie sua che lo cuopre di disonore. È forse questo lo

¹ Princ. de Dr. civ. fr. vol. 3, n. 174.

scopo del matrimonio? è forse così che i coniugi si perfezionano? è così che raggiungono il loro destino?

« Pietosamente si parla, e con ragione, della sciagura dei figli i cui genitori son divorziati. Saranno dessi meno infelici nel sistema della separazione? Non vi è più famiglia per essi. Che dico io? la madre insegnerà loro a detestare il padre: questi segnerà la madre all'odio di coloro cui essa diè vita. L'onta dei disordini a cui s'abbandoneranno i genitori riverbererà sui figli. Il male per essi è dunque sempre lo stesso; la loro condizione non è peggiorata pel divorzio. Ciò che fa la loro sciagura non è la rottura legale del matrimonio; è la discordia, l'odio, il delitto di cui essi sono testimoni e vittime. Anche per essi adunque, il rimedio più radicale è il rimedio migliore. »

LEZIONE X.

[14 Dicembre 1880]

SECONDE NOZZE (Cod. V. 9).

Disfavore con cui in antico erano riguardate le seconde nozze della donna.

— Termine entro cui non era lecito ad essa il passare a nuovo conjugio dopo la morte del marito. — Motivo del divieto: cambiato dappoi.

— Conseguenze del cambiamento. — Effetti della contravvenzione. —

Leggi successive che per la binuba e pel binubo statuirono restrizioni a vantaggio della prole di primo letto.

Sciolte le prime nozze, libero è il passaggio a seconde.

Però fino ab antiquo presso i Romani si teneva in gran pregio la vedova che conservava intatta la fede all'estinto marito; anzi Valerio Massimo (II, 1, 3) ci dice che veniva onorata della corona di pudicitia: « quæ uno contentæ matrimonio fuerant, corona pudicitiaë honorabantur. » Multiplicità di conjugii si aveva in conto, quanto alla donna, di tal quale indizio d'intemperanza: « multorum matrimoniorum experientia quasi legitimæ cujusdam intemperantiæ signum esse credentes. » La donna *univira* era perciò sovra l'altre stimata.

Abbiamo a questo proposito in Tito Livio (X, 23) la narrazione di un curioso fatto. Certa Virginia, donna patrizia, ma maritata ad uomo di plebe, era entrata a supplicare nel tempio della Pudicitia, ove altre nobili

matrone si trovavan raccolte. Queste cominciarono a bisbigliare, scontente che in mezzo a loro si trovasse chi aveva lasciata la nobile casa del padre, per disposarsi a un plebeo: e il malumore giunse al punto che addirittura la fecero uscire dal tempio: « *matronæ, quod e patribus enupsisset, sacris arcuerant.* » Nacque di ciò fiera contesa tra l'elemento femminile aristocratico e il democratico: « *brevis altercatio inde ex iracundia muliebri in contentionem animorum exarsit.* » Ma Virginia, che a quanto pare era donna di elevato sentire, delle bisbetiche e orgogliose nobili si vendicò così. Ridusse a tempio una parte delle sue case, e, convocate quante più potè matrone plebee, la dedicò alla dea *Pudicitia plebeja*, statuendo che ivi avessero solo a convenire onorate donne di plebe, ed escluse quelle che dopo un primo conjugio fossero passate a un secondo: « *ut nulla nisi spectatæ pudicitia matrona, et quæ uni viro nupta fuisset jus sacrificandi haberet.* » Così, disse, otterremo che questo tempio si avrà per più santo che l'altro, e si dirà frequentato da donne più caste: « *ut hæc ara quam illa, si quid potest, sanctius et a castioribus coli dicatur.* »

Ma se lo starsi contenta a un matrimonio solo era per la donna titolo di pregio, non era precetto. Bensì era precetto quello di non convolare a seconde nozze durante l'anno del lutto: precetto per la donna, non già per l'uomo, il quale passando anche subito a seconde nozze, appena chiusa la tomba della sua prima compagna, avrebbe fatto al certo indelicata cosa, ma non avrebbe contravvenuto a legale divieto: « *Annum foeminis (dice Seneca Ep. VII, 1, 63) ad lugendum*

constituere majores..... Viris nullum legitimum tempus est. »

Codesto termine era l'anno romuleo, l'anno di dieci mesi. Già ricordate que' versi d'Ovidio, in cui dopo aver detto che « Romulus anno Constituit menses quinque bis esse suos, » soggiunge « Per totidem menses a funere conjugis uxor Sustinet in vidua tristia signa domo. » E a dieci mesi restò limitato codesto termine, anche dappoi che Numa ebbe portato a dodici i mesi dell'anno. Bisogna venire all'epoca degl'imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio, vale a dire al 381 dell'êra nostra, per trovare portato a un anno intero il tempo del lutto. È di essi in fatti la L. 2, C. h. t. in cui questo aumento si trova introdotto: « anni spatium...., parvum enim temporis post decem menses servandum adjicimus, tametsi (come soggiungono) id ipsum exiguum putemus. »

A volte il tempo del lutto si restringeva per decreto del Senato. Valerio Massimo, per esempio, (I. 1, 15), e Tito Livio (XXII, 56) ricordano il decreto emanato al tempo della disastrosa rotta di Canne sofferta dai Romani. Tanta era stata la strage, che non vi era quasi matrona in Roma, la quale non avesse vestite le gramaglie; « totam urbem opplevit luctus..... nec ulla in illa tempestate matrona expers luctus fuerat, » dice Livio. Or questo importava la sospensione delle feste sacre di Cerere « quia nec lugentibus id facere est fas: » e poteva altresì importare la sospensione delle altre cerimonie religiose, a cui i romani annettevano grande importanza. Di qui il decreto che restrinse a un mese, per quella occasione, il tempo del lutto: « itaque

(prosegue Livio) ne ob eandem causam alia quoque sacra publica aut privata desererentur, senatusconsulto diebus triginta luctus est finitus. » Più concisamente Valerio Massimo: « Senatus post kannensem cladem decrevit, ne matronæ ultra tricesimum diem luctus suos extenderent, uti ab his sacra Cereris peragi possent. »

Ma questo eccezionale abbreviamento del termine importava bene che le donne deponessero le negre vesti, e i segni del lutto: non importava già che impunemente potessero stringere nuovi nodi conjugali prima che tutto fosse decorso il *legitimum tempus*. Esplicita è la legge di Alessandro, 15^a C. ex quib. caus. inf. irrog. 2, 12: « Decreto amplissimi Ordinis luctu foeminarum deminuto, tristior habitus ceteraque hujus generis insignia mulieribus remittuntur, non etiam intra id tempus, quo elugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur. »

Questo motivo fondato nel lutto domestico, si riferiva adunque, come ben si vede, al matrimonio disciolto per morte, non a quello cui il divorzio avesse posto termine. Ma in appresso un altro motivo prevalse: quello, che è così espresso da Ulpiano nel fr. 11 § 1 de his qui not. inf. 3, 2, « vir..... solet elugeri propter turbationem sanguinis: » e da Giustiniano così nella L. 53, § 3 C. de episc. 1, 3, « propter generationis incertitudinem. » Si volle insomma che la donna non passasse a seconde nozze, finchè ancora potea darsi ch'essa fosse incinta del primo marito.

Ne vennero due conseguenze. Una, che dunque se entro il termine del lutto la donna avesse partorito, poteva convolare a nuove nozze anche prima che quel ter-

mine si fosse compiuto, perchè scompariva la possibilità della *turbatio sanguinis*. E questa conseguenza si cominciò ad ammettere anche dai giureconsulti dell'epoca classica. In fatti leggiamo nel cit. fr. 11 § 2 de his qui not. inf., « Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto. » Era (come vedete) un'applicazione del principio « cessante ratione legis, cessat lex. » L'altra conseguenza è, che dunque il divieto deve ancora valere nel caso di matrimonio sciolto per divorzio, perchè qui pure possiamo incontrarci nella « *generationis incertitudo*: » applicazione questa dell'altro principio, « ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio. » Solo notate che cotale conseguenza non fu ammessa che più tardi, e imposta così alla donna divorziata l'aspettativa di un anno prima di passare a seconde nozze: L. 8, § 4 C. de rep., 5, 17, di Teodosio e Valentiniano: L. 9 C. eod. di Anastasio.

Fatte le nozze in ispreto della proibizione, non ne era pronunziata la nullità, ma i contravventori scienti eran colpiti d'infamia. Giuliano ci ha conservata nel fr. 1 de his qui not. inf. 3, 2 quella parte dell'Editto Pretorio, in cui ciò era stabilito: parte che pure è ripetuta nei Fr. Vat. § 320. E quella legge di Alessandro, 15 C. de his qui not. inf., di cui più sopra vi ho riportato un brano, soggiunge « si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahat. »

Nè qui si arrestarono le sanzioni del divieto. Altre ne furono aggiunte dagl'imperatori Graziano, Valenti-

niano e Teodosio. Già in quella L. 2 C. de sec. nupt., colla quale fu protratto a dodici mesi il tempo del lutto, troviamo comminata alla donna, che vi contravviene, la perdita di tutto ciò che si ebbe dal primo marito: « probrosis inusta notis, honestioris nobilisque personæ et decore et jure privetur, atque omnia, quæ de prioris mariti bonis vel jure sponsalium vel judicio defuncti conjugis consecuta fuerit, amittat. » E nella L. 1, C. eod. tit. gli stessi imperatori statuirono che la convolante a seconde nozze entro il tempo del lutto non potesse dare in dote al marito, nè per testamento lasciargli più del terzo dei beni: « secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat; » fosse incapace a ricevere per testamento: « omnium præterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers; » e a quelle sole successioni legittime venisse ammessa che non riguardasser parenti al di là del terzo grado: « eamdem quoque mulierem infamem redditam hereditates ab intestato, vel legitimas vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare. »

Come vedete, o Signori, tutte queste disposizioni colpivano le troppo affrettate nozze: esse miravano a contenere la donna in una vedovanza annale: ma non andavan più oltre. Se non che sotto l'influenza specialmente delle idee cristiane, poco favorevoli alle seconde nozze, si cominciò a prender di mira un altro interesse, quello dei figli di primo letto, troppo spesso posto in non cale da madri imprudenti, o sacrificato a gelose matrigne. E fu sotto l'impulso di tali idee che si det-

tarono quelle disposizioni le quali provvidero agl'interessi di figli del primo letto, indipendentemente dal precoce passaggio della vedova a nuovo conjugio.

Prima ci si presenta qui la legge dei citati imperatori, che figura come 3^a nel Codice giustiniano al titolo de sec. nupt., e che dalla parola onde comincia si suol citare così, *Legge Fœminæ*. In essa, che ha la data del 382, si stabilì che tutto quanto avesse avuto una donna dal primo marito a qualsivoglia titolo di liberalità, « *cujuslibet munificæ liberalitatis præmio,* » fosse tenuta a conservarlo pei figli di primo letto se essa convolasse a seconde nozze: « *id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios, quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant.* » Notate bene l'importanza e la novità di disposizione siffatta. Fu il dritto di proprietà che, rispetto alle cose pervenutele dal marito, si trasmutò per la vedova avente prole nel ben più ristretto diritto di semplice usufrutto: « *possidendi tantum ac fruendi in diem vitæ, non etiam alienandi facultate concessa.* » E cotale conversione della proprietà in usufrutto non fu già decretata in odio di precoce passaggio a seconde nozze: fu anzi scritta per le « *fœminæ, quæ..... ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias:* » ma fu decretata a sola contemplazione, a solo vantaggio dei « *suscepti ex priore matrimonio filii.* »

Però è notevole il temperamento dettato a questo proposito dalla legge *Fœminæ*. Il dominio è sì convertito in usufrutto: la madre è sì tenuta a conservare pei figli di primo letto le cose lasciatele dal primo marito: ma le si accorda facoltà di fare tra i figli di primo letto una ineguale distribuzione di quelle cose, e per

fino di scegliere tra i varii figliuoli quello ch'essa vuole esclusivamente preferire. Ecco le parole del testo: « integrum ad filios, quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis..... in quem contemplatione meritorum liberalitatis suæ judicium mater crediderit dirigendum. »

Or bene, o Signori: anche questa facoltà di scelta, anche questo *electionis arbitrium*, si cancellò dappoi. A tacer d'altre disposizioni che gradatamente avviarono a tal mutamento, mi basterà ricordarvi la Novella 22ª di Giustiniano, nel cui capo 25 trovate scritto: « venient vero lucra hæc ad omnes liberos, qui ex prioribus nuptiis suscepti sunt. Non enim permittimus parentibus, ut non recte introducta electione adversus eos utantur, et alii quidem ex liberis quid dent, alium vero injuria afficiant: omnes enim secundis nuptiis pari contumelia affecti sunt. »

La legge *Fœminæ* contemplava il passaggio della vedova a seconde nozze. Ma dal momento che la disposizione veniva dettata a favore dei figli di primo letto, non era logico applicarla altresì al vedovo che riprendesse moglie? Logico era certamente, e lo riconobbero Teodosio II e Valentiniano II nella costituzione del 439 che figura come L. 5, C. h. t. « Generaliter censemus (così ivi si espressero) quoquo casu constitutiones ante hanc legem mulierum liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti ad eam devoluta sunt, servare sanxerunt, iisdem casibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum devoluta sunt, morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare. » Anche in questa però era riservata al padre

binubo la facoltà di disugualmente dividere tra varii figli di primo letto, o di scegliere quello tra essi cui volesse trasmettere la proprietà: « dividendi quoque res inter eos ipsos liberos, parentibus pro suo arbitrio, vel eligendi quem voluerint, non negamus. » Ma la citata Novella 22 che tolse alla madre codesta facoltà al padre pure la tolse: e così la proprietà fu riservata ai figli di primo letto in uguali porzioni.

Altro passo ancora. Bisognava prevedere il caso, che un vedovo od una vedova aventi figli di primo letto, e possedenti beni proprii, se ne spogliassero in favore del nuovo conjuge con donazioni o lasciti eccessivi, frutto di passione cieca e disordinata. A ciò provvidero Leone ed Antemio con una costituzione del 469, che è la 6^a C. de sec. nupt., generalmente citata così — *Legge Hac edictali* — per le parole onde comincia. In questa legge, che Giustiniano chiama *optima*, e che riconferma nella citata Novella 22 cap. 27, fu proibito al binubo di donare o di lasciare per testamento al secondo conjuge più di quanto abbia donato o lasciato a quello tra i figli di primo letto cui meno lasciò: « non liceat plus eorum novercæ vel vitrico testamento relinquere vel donare..... quam filius vel filia habet, cui minor portio testamento relicta vel data fuerit aut donata. »

E finalmente vi piaccia ancora di notare quest' ultimo passo, che completa il sistema. La Legge *Fœminæ*, la Legge *Hac edictali* figuravano il caso di passaggio a seconde nozze dopo che il primo matrimonio si era disciolto per morte. O perchè non estendere cotali disposizioni anche al caso di matrimonio disciolto per divorzio? In presenza di prole nata dal primo conjugio, in

presenza di seconde nozze dei coniugi divorziati, non si doveva ugualmente provvedere alla sorte dei figli di primo letto? Anche qui la logica del diritto finì per imporsi: e Giustiniano sancì che quelle stesse disposizioni, che furon dettate pel caso di passaggio a seconde nozze dopo sciolto per morte il matrimonio primo, si applicassero altresì alle seconde nozze contratte dopo il divorzio. Ciò appare dalla L. 9 § 1, C. h. t. (529): « ad hæc lucra, quæ marito vel uxori ex dote vel ante nuptias donatione occasione repudii accedunt, indistincte post secundas eorum nuptias liberis ex priore matrimonio procreatis ad similitudinem matrimonii morte dissoluti servari, nec de cetero repudii causam requiri, vel aliam in ea re exquisitionem fieri. »

Se ora vi piaccia, ● Signori, di aprire il Codice vigente, vi sarà facile scorgervi le rimembranze di queste disposizioni del Diritto Romano che abbiamo oggi studiate.

Così l'articolo 57 vieta il matrimonio alla donna, se non sono decorsi dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio precedente. Si fa dunque ritorno all'antico termine dell'anno romuleo: e vi si fa ritorno, perchè si adotta per motivo della disposizione la temuta *turbatio sanguinis*, la quale non può più aver luogo dopo tal termine. E tanto è vero che si addotta cotale motivo, che lo stesso articolo soggiunge: « cessa questo divieto dal giorno che la donna abbia partorito. »

Non trovate nel Codice nostro un disposto che faccia esatto riscontro alle Leggi *Fœminæ* e *Generaliter*. Ma l'art. 232 fa cessare pel passaggio del genitore ad altre nozze l'usufrutto che per legge gli compete sul patrimo-

nio del figlio soggetto alla sua podestà; e la madre che passa a seconde nozze perde per gli articoli 237 e 238 l'amministrazione dei beni del figlio, se non le è conservata dal consiglio di famiglia convenuto a tal fine.

Finalmente l'art. 770 riproduce in succinta formola il contenuto della Legge *Hac Edictali*, e stabilisce che « il binubo non può lasciare al nuovo conjuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio. »

Sicchè lo studio che oggi abbiain fatto può ancora servire d'illustrazione e commento ai citati articoli del Codice nostro.

Nella riunione ventura ci occuperemo di quest'altro tema « Eccitamenti legislativi alle nozze. »

LEZIONE XI.

[16 Dicembre 1880]

Varie disposizioni miranti a render frequenti i conjugii: e specialmente, Leggi Giulia e Papia Poppea.

Di eccitamenti legislativi alle nozze abbiamo documenti e memorie fino dai più remoti tempi di Roma: sicchè Dionigi d'Alicarnasso nel lib. 9 Ant. Rom. ci dice « prisca lege cogebantur (cives) uxorem per ætatem ducere, educareque liberos. »

Alla cura dei *Censores* era commesso di vegliare a che i cittadini non si sottraessero a cotale precetto: e Cicerone nel lib. 3 de Legibus formola e descrive così questo loro officio: « Censores equitum peditumque prolem describunto, cœlibes esse prohibento. »

Aulo Gellio nelle Noct. Act. lib. 1, cap. 6 ricorda al proposito una curiosa orazione del Censore Metello Numidico « gravis ac disertis viri, » esortante i renuenti cittadini a contrar matrimonii, senza la cui frequenza « civitatem salvam esse non posse (ait). » Confessava egli, alquanto sgarbatamente pel gentil sesso, che l'aver moglie è una molestia: ma riflettendo che se il vivere in matrimonio è cosa scommoda, il farne senza è cosa pregiudizievole allo stato: epperò esortava il popolo « ad matrimonia capessenda, » quasi si trattasse di medicina amara. « Si sine uxore possemus, Quirites, esse, omnes

ea molestia careremus. Sed quoniam ita natura tradidit, ut nec cum illis satis commode, nec sine illis ullo modo vivi possit: salutis perpetuæ potius quam brevi voluptati consulendum. »

La formola usata nella inquisizione censoria soleva esser questa, che dallo stesso A. Gellio ci è tramandata in due luoghi, lib. 4, c. 3, e lib. 4, c. 20: « uxorem te liberorum quærendorum gratia habere; » fu la formola presa a pretesto da Sp. Carvilio Ruga per ripudiare la moglie sterile; — oppure « ex animi tui sententia uxorem habere. » Al proposito della quale ultima formola così Gellio, come Cicerone (de Orat. lib. 2, c. 65) ricordano una facezia, una specie di *calembourg*, di certo L. Porcio Nasica, che gli costò assai cara. Gli chiedeva solennemente il Censore Catone « ex tui animi sententia tu uxorem habes? » Ed egli che non si trovava in troppo simpatici rapporti colla moglie, scherzando sulla frase *ex animi sententia*, rispose: « habeo equidem uxorem, sed non ex animi mei sententia. » Ma Catone che amava poco si traducevano a scherzo le serie cose, lo cancellò dalla classe in cui era iscritto, e lo fece passare in quella degli *ærarii*: « tum censor eum, quod intempestive lascivisset, in ærarios retulit, causamque hanc joci scurrilis apud se dicti subscripsit. »

Nè è da credere, o Signori, che i *Censores* (almeno durante un non breve periodo della romana repubblica) andassero con mano leggera intorno a questa faccenda del pulsare i cittadini a mettersi in regola collo Stato contraendo legittime nozze. A buon conto Valerio Massimo (II, 9) ci narra che i Censori Camillo e Postumio, a mezzo il quarto secolo di Roma, colpirono di non in-

differenti multe i vecchi celibatarii, minacciandoli di rincarare la dose se avessero osato lagnarsene: « Camillus et Postumius Censores æra poenæ nomine eos, qui ad senectutem cælibes pervenerant, in ærarium deferre jusserunt, iterum puniri dignos, si quo modo de tam justa constitutione queri sunt ausi. » E bisogna sentire con quali acerbe parole i Censori redarguirono quei vecchi celibi! Mi piace di leggervi questo passo di Valerio Massimo, perchè vediate come a quell'epoca il matrimonio consideravasi come un *officium* a cui l'onesto cittadino non avea a sottrarsi. « Natura vobis quemadmodum nascendi, ita gignendi legem scribit, parentesque vos alendo nepotum nutriendorum debito, si quis est pudor, alligaverunt. » A questo debito voi veniste meno, e consumaste la lunga serie dei vostri anni senza conseguir nome di marito e di padre: « accedit his quod etiam fortuna longam præstandi hujusce muneris advocacy estis adsecuti, cum interim consumpti sunt anni vestri, et mariti et patris nomine vacui. » Andate dunque, e scontate almeno in danaro questa accidia vostra, sicchè qualche pro ne ritragga chi ha prole numerosa: « ite igitur, et nodosam exsolvite stipem, utilem posteritati numerosæ. »

Ma venne un momento, o Signori, in cui l'opera dei Censori rimase inefficace, a fronte della desolazione prodotta dalle guerre sanguinose, e specialmente dalle guerre civili e dalle spaventevoli proscrizioni Sillane, a fronte della sempre crescente corruttela dei costumi, e dei vantaggi che recava il celibato. Chi non aveva famiglia, chi non aveva prole a cui lasciare le sue sostanze, era fatto segno alle cortesie, alle adulazioni,

alla corte (diciamolo con moderna parola) di quanti aspiravano alla sua eredità, o per lo meno a qualche pingue legato. La captazione delle eredità fu elevata ad arte, come dice Seneca de benef. VI, 38, 3. « Arruntium et Hatterium et ceteros, qui captandorum testamentorum artem professi sunt: » e ben s'intende che erano i vecchi celibatarii che con quest'arte si prendevan di mira: era ai privi di prole che si prodigavano tutte quelle più minute attenzioni di cui tutta intera la classica letteratura di quel tempo ci fa menzione.

Chi non ricorda la stupenda satira in cui il Venosino (II, 5) introduce Tiresia che spiega a Ulisse il modo di arricchire: « Quando pauperiem, missis ambagibus, horres, — Accipe qua ratione queas ditescere. » E gli dice di andare nella casa del vecchio celibe che vive solo « res ubi magna nitet domino sene, » e di propiziarselo con quella lunga serie di astuti maneggi che son descritti in quei versi imperituri « Captus astutus ubique, — Testamenta senum. » E vi figuran le basse adulazioni, « obsequio grassare, » secondo la frase incisiva del poeta: e le lodi profuse ai cattivi versi, « scribet mala carmina vecors, laudato: » e la calunnia che si insinua a danno degli assenti: e il magnificare i resi servigi, specialmente di fôro, e la prospettiva di servigi futuri: « jus anceps novi, causas defendere possum. » Si aggiunge che per tutto ciò che riguardava i piaceri del senso, Roma presentava e nelle numerose sue cortigiane, e nella infinita schiera di schiave e di liberte, e nelle stesse non difficili matrone, tutto che potesse soddisfare il profondo egoismo e il sensuale, sebben raffinato, materialismo dei romani, che omai

avrebbero sorriso a un Censore, il quale avesse lor detto come il buon Metello Numidico « sine uxoribus nullo modo vivi potest. »

L'abbandono dell'istituto del matrimonio, la scarsità di prole legittima, giunse al punto, che l'Imperatore Augusto grandemente se ne preoccupò, e pensò di ovviare al male invadente col dettar leggi le quali, mediante un combinato sistema di pene e di premii, allettassero i cittadini al matrimonio, e li spingessero a popolare la città di legittima figliuolanza.

Furono due le leggi che a questo intento mirarono: la *Lex Julia de maritandis ordinibus*, e la *Lex Papia Poppæa*, così chiamata dal nome dei due Consoli che la proposero. Codeste leggi insieme fuse costituirono un assai complicato sistema di eccitamenti al matrimonio; ebbero quasi per antonomasia nome di *Leges*; e ottennero in seguito da molti giureconsulti dell'epoca classica l'onore di ben larghi commenti. Se percorrete, o Signori, il volume delle Pandette, ad ogni piè sospinto v'imbatterete in frammenti di questo o quel libro di giureconsulti che scrissero « ad Legem Juliam et Papiam Poppæam. »

Non sarebbe possibile in una sola lezione darvi un adeguato concetto di codeste leggi, che in occasione del matrimonio toccavano i più svariati punti del diritto civile, arrecando modificazioni importanti in moltissime delle loro disposizioni. Basti dirvi che l'*Eineccio* ha scritto un volume di più che 700 pagine quale Commentario a queste leggi: e uno di picchè 500 in foglio ne ha scritto lo spagnuolo *Ramos del Manzano*, che potrete riscontrare nel tomo 5 del *Thesaurus* del *Meerman*, quasi per intero occupato da tale lavoro.

Però, senza estenderci in larghi commenti, possiamo bene sintetizzarne il contenuto, per quel che ha tratto al tema della presente lezione: e questo passo ora a fare in brevi parole. Ma piacemi di premettere un'osservazione, che vi dimostrerà sempre più quanto fosse in quel tempo radicata l'avversione al matrimonio.

La legge Giulia fu la prima volta proposta al voto dei comizii nell'anno di Roma 737, almeno secondo i più probabili calcoli: ma non passò: e Augusto lasciò trascorrere non men di venti anni prima di riproporla. Dione Cassio ci ha conservata l'orazione di Augusto così ai maritati e ai già aventi prole, per lodarli, come ai celibatarii per biasimarli e per spingerli ai maritaggi. Con qual nome debb'io chiamarvi (diceva a questi ultimi): « o vos, quos nescio quo nomine compellem. » D'uomini forse? ma nulla di virile mostrate nel vostro contegno: « Virorum? at virile nihil exhibitis. » Di cittadini? ma quanto è da voi, la città perisce: « Civium? at quantum in vobis ejus situm est, civitas perit. » Di romani? ma voi mirate a distruggerne perfino il nome: « Romanorum? atqui hoc nomen destruere intenditis. » Potete leggere l'intera allocuzione in *Ramos del Manzano*, che nella citata sua opera lib. 1, c. 5 la riporta seguendo la tradizione di Xilandro. Finalmente la legge passò: e un altro intervallo di cinque anni decorse prima che la Papia Poppea completasse il sistema. Quest'ultima legge in fatti è del 762 di Roma. E, cosa curiosa, o dirò meglio, segno ben marcato dei tempi, delle tendenze e dei costumi, i due Consoli che a istigazione e per volere d'Augusto la proposero, M. Papio Mutilo, e Q. Poppeo, erano entrambi celibatarii. Lo im-

pariamo dallo stesso Dione: ed Eneccio ne riferisce il brano nel lib. 1, cap. 4: « *uterque nec uxores, nec liberos habebant.* » Di che poi lo stesso Dione conclude, « *quo ipso deprehendi potuit, quam ea lex fuerit necessaria:* » e noi possiamo concluderne che « *deprehendi potest* » quanto le stessi leggi dovessero tornare invise alla generalità della popolazione.

La somma più importante tra le disposizioni di queste leggi per ciò che riguarda il proposito nostro fu la distinzione della società romana in due classi. Da un lato i *cælibes*, a cui si contrapponevano i *conjugati*: dall'altro i privi di prole, *orbi*, cui venivan contrapposti gli aventi figli, *patres* o *matres*. La prima distinzione era il portato della legge Giulia; l'altra, della Papia Poppea.

Ecco, o Signori, come l'illustre *Ortolan* nell'*Histoire de la Legislation romaine* § 68 ne riassume il contenuto, quale specialmente emerge da frammenti delle *Regulæ* di Ulpiano, e delle *Institutiones* di Cajo. Ve ne traduco la bella e vivace pagina.

« Ogni uomo di più che venti anni e meno di sessanta, ogni donna di più che venti e meno di cinquanta, che non fossero maritati, o che dopo la dissoluzione di un primo conjugio non ne avessero contratto un nuovo nel termine fissato, erano celibatarii — *cælibes*: — ogni individuo di più che cinquant'anni, e meno di sessanta, senza figlio almeno adottivo, era *orbis*. La legge era combinata a maniera da accordare ricompense ai maritati e ai padri, e da punire con diverse incapacità quelli che non avesser figli (*orbi*), e più severamente ancora i celibatarii (*cælibes*). Il punto principalmente

vulnerabile, e sul quale il legislatore avea colpito, era la capacità di ricevere per testamento da una persona estranea. Il *caelebs* fu dichiarato incapace di ricever nulla: e l'*orbis* incapace di ricevere oltre la metà di quanto gli fosse lasciato. Ecco adunque disposizioni testamentarie, istituzioni di eredi, o legati, che quantunque valide per diritto civile, cadevano (per così dire) in virtù delle leggi Giulia e Poppea, in tutto o in parte dalle mani di colui che vi era chiamato: epperò si qualificarono col nome di *caduca*. Questo aggettivo *caducum*, designante una qualità tanto spesso realizzata nelle disposizioni testamentarie, si trasformò in sostantivo, divenne parola tecnica, e i *caduca* tennero il più largo posto negli scritti dei giureconsulti e nella preoccupazione dei cittadini. La letteratura di quei tempi, negli storici, nei prosatori, come nei poeti, è piena di vestigi di questa preoccupazione, e della sensazione profonda prodotta dalle nuove leggi.

« I nostri grandi interpreti del diritto romano, del 16 e 17 secolo, credetter tutti che i *caduca* fossero devoluti direttamente al fisco, ed esagerarono così il carattere fiscale delle leggi Giulia e Poppea, chiamate talvolta, a causa delle loro principali disposizioni, leggi *caducarie*. Ma omai sappiamo, pei dettagli fornitici da Cajo, che le leggi Giulia e Poppea attribuirono i lasciti *caduchi* agli eredi e ai legatarii compresi nello stesso testamento e aventi prole: li attribuirono cioè ai *patres*, e non in esecuzione delle formole del testamento, ma di lor propria autorità, a titolo nuovo, per virtù stessa di legge. Tolti agli uni, attribuiti agli altri, i *caduca* erano, a un tempo, punizione della sterilità, ri-

compensa della procreazione legittima. Non fu un vero diritto d'accrescimento: fu piuttosto un acquisto nuovo: e così il nome tecnico fu quello di *jus caduca vindicandi*, diritto di rivendicare i *caduca*. E questo modo di acquisto si annoverò tra i mezzi di acquistare il dominio quiritario in virtù della legge (*ex lege*): « *Lege nobis acquiritur* (come dice Ulpiano XIX, 17), *velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppæa*. » La legge determinò esattamente l'ordine in cui i *patres* scritti nel testamento sarebbero ammessi, in premio della loro paternità, a reclamare i *caduca*: e non era che a difetto di ogni erede o legatario avente prole, che i *caduca* si devolvevano al fisco (Cajo I. II, 206 e 207). Non fu che più tardi, sotto Antonino Caracalla, che una costituzione mise direttamente e immediatamente il fisco, che non veniva mai meno, al posto di tutti: onde Ulpiano disse, Reg. XVII, 2: « *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur*. » Si punirono gli uni, non si ricompensaron più gli altri. Le leggi nuove, le leggi caducarie, divennero interamente leggi fiscali. »

Da questo breve prospetto vi è facile di vedere, o Signori, quale rivoluzione facessero queste leggi nel sistema delle successioni testamentarie. La vecchia teorica del *jus accrescendi* ricevette profonde e radicali alterazioni. È questo uno dei punti più difficili nello studio del diritto romano, la cui esposizione dettagliata appartiene, com'è chiaro, al trattato *de testamentis*. Per ora mi contento di accennarvelo, e di indicarvi l'importantissima monografia del *Machelard* « *L'accroissement en Dr. Rom. Étude sur les loi Julia et Papia Poppæa en*

ce qui concerne la caducité. » Ma quanto all'attuale proposito voi non mancherete di notare che queste leggi furono ispirate dallo scopo, ebbero per obbiettivo il fine di colpire i ribelli alla condizion del conjugio, e quelli la cui unione non era feconda: al quale scopo quello pure si aggiunse di alimentare con nuove risorse l'erario: « Incitandis cœlibum pœnis, augendo ærario; » come col solito suo stile incisivo disse Tacito nel III, 25 Ann.

Furono un bene codeste leggi? migliorarono i costumi? ottenner lo scopo? Ci è lecito dubitarne. Anzi, se consultiamo la letteratura di que' tempi, arriveremo a questa conclusione che tutto questo sistema, così argutamente congegnato, fu piuttosto diretto a colpire i sintomi esteriori di un male inveterato, che ad estirparne le profonde radici: e sotto un certo aspetto rincrudirono in qualche modo la piaga. Già queste leggi, col loro carattere fiscale, che la costituzione di Caracalla accentuò maggiormente, traevan con sè il corteggio nefasto dei delatori. Tacito ne parla così nel III, 28 Ann. (trad. *Davanzati*): « Augusto... miseci cercatori a rifrustare chi, senza poter esser padre, tenesse lasci, per la legge papia poppea ricadenti al popolo romano, comune padre. Ma essi per agonia di loro stregue passavano i termini, e rapinavano le città e l'Italia, e ciò ch'era di cittadini. Molti rimasero ignudi, e gli altri lo si aspettavano. » Poi, per forti che fossero le pene minacciate ai celibi, per grandi i premii promessi ai conjugati e ai *pateres*, i naturali vantaggi che in una società corrotta presentava il celibato avevano sempre maggiori attrattive: e lo stesso Tacito dice (III, 25) « nec ideo conjugia et

educationes liberorum frequentabantur, praevalida orbitate, » cioè mettendo più conto l'essere scapolo. Finalmente esse inacerbivano la piaga del mal costume, facendo del matrimonio una speculazione, un traffico. Son celebri que' versi di Giovenale nella Sat. IX, che egli mette in bocca di uno sfrontato adultero. Di che ti lagni, o ingrato? dice questi al marito della sua ganza:

« Iam pater es: dedimus quod famæ opponere possis:

« Iura parentis habes; propter me scriberis heres:

« Legatum omne capis, nec non et dulce caducum. »

E Plutarco dice che omai si ricorreva al matrimonio, e si mettevano al mondo figliuoli, non per aver degli eredi, ma delle eredità.

Se non che una rivoluzione accadde, e non poteva non accadere in questo tema, sotto l'influenza delle idee cristiane. Quelle leggi, già in parte soppresse quanto ai privilegi della paternità dalla disposizione di Caracalla, lo furono quanto alla pena del celibato da Costantino, colla L. 1, C. de infirm. poen. cælib. 8, 58: e Giustiniano colla L. un. C. de cad. toll. (6, 51) completamente cancellò le tracce delle leggi Giulia e Poppea. Eccovi il testo della costantiniana. « Qui jure veteri cælibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur: atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii fœdere fulcirentur. Sitque omnibus æqua conditio capessendi, quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur, et proposita huic nomina damna non noceant. Quam rem et circa fæminas existimamus, earumque cervicibus imposita juris imperia, velut quædam juga, solvimus promiscue omnibus. »

E Costantino ben fece, a parer mio. Certo il matrimonio è « *principium urbis et seminarum reipublicæ*. » Ma esso dev' essere il risultato di una libera scelta; l'unione pura e morale dell'uomo e della donna. Certo le leggi debbono eccitare i cittadini alle legittime unioni. Ma eccitarli in quell' unico modo che cotale istituto consente: eccitarli coll' elevare il sentimento della moralità, col creare un ambiente di benessere materiale e morale, col rendere per quanto è dato accessibile a tutti il banchetto della vita. Forzate unioni, costringimenti ai conjugii, artificiali eccitamenti in mezzo a società disagiata, ignorante, e corrotta, sono palliativi, non sono rimedii al male: e non è davvero da essi che la società può aspettare salute e vigore.

LEZIONE XII.

[11 Gennaio 1881]

DELLA DOTE (Dig. XXIII 3, Cod. V. 12 de jure dotium).

Idea generale della dote. — Persone che possono costituirla. — Distinzione della profetizia dall'avventizia. — Persone tenute a dotare.

Tutto ciò che la donna, o altri per lei, dà o promette al marito in contemplazione del conjugio, onde ajutarlo a sostenerne i pesi, prende il tecnico nome di *dote*.

Svariatisimi ne possono essere gli oggetti. Può trattarsi di fondi, di case, di mobili, di crediti, di qualsivoglia cosa in somma posta in commercio; tutto può servire di substrato a questo rapporto. Quello che è essenziale è che si dia o prometta in vista del matrimonio: sicchè la idea di dote non può separarsi da quella di nozze, non già nel senso che queste non possano star senza quella, ma nel senso che senza matrimonio dote non si abbia. « Dos sine matrimonio (ci dice Ulpiano nel fr. 3) esse non potest: ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. »

Scopo della dote è il concorso da parte della donna, o di altri in nome di essa, dato al marito « *ad susti-*

nenda matrimonii onera. » Vero che talvolta può accadere che minimo o impercettibile quasi sia l'effettiva entità di un tale concorso. Così se l'oggetto della dote consista in *muliebribus ornamentis*, come è figurato nella L. 31 § 2, C. h. t.; o se consista nella nuda proprietà di un fondo, come è supposto nel fr. 4. h.; ben picciol sussidio ne avrà il marito, anzi nel secondo caso non ne avrà alcuno « *pro oneribus matrimonii*, » finchè l'usufrutto non si aggiunga alla proprietà come *incrementum dotis*. Ma queste sono speciali ipotesi le quali non tolgono che in linea generale lo scopo della dote sia quello che abbiamo notato, e che del resto ci viene segnalato da innumerevoli luoghi del testo. A citarne qualcuno, eccovi p. es. quel di Ulpiano nel fr. 7 pr.: « *dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit*, » perchè egli sostiene i pesi dei conjugio: « *quum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere.* » Ecco l'altro di Paolo nel fr. 56 § 1: « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* » E quel di Trifonino nel fr. 76 in fin.: « *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.* »

Di qui si comprende l'importanza che in generale annettevasi all'essere una donna fornita di dote. Difficilmente l'indotata trovava onorevole condizione di nozze. Plauto nell'*Aulularia* (II, 2) introduce un padre, il quale lamenta la propria povertà che lo rende inabile a dotare la figlia, e gli fa prevedere che dovrà tener-sela vecchia zitella in casa: « *pauperiem meam conqueror: Virginem habeo grandem, dote cassam, atque inlocabilem: Neque eam queo locare cuiquam.* » Cicerone fra le disgrazie di P. Quinzio (Or. pro Quintio 31)

annovera pur questa, che « *filiae nubili dotem conficere non posset.* » E i giureconsulti nostri in più luoghi ci danno testimonianza del favore che godeva presso i romani la *dotis causa*, appunto perchè senza dote non era facile a una donna trovar marito; e, questi casi moltiplicandosi, si sarebbe reso meno frequente un istituto — il matrimonio, — che i romani riguardavano come supremamente interessante la repubblica. Mi contenterò di citarvi a questo proposito due ben limpidi testi. « *Reipublicae interest* (dice Paolo nel fr. 2 h.) *mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* » E Pomponio nel fr. 1 sol. matr. 24, 3 così si esprime: « *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, quum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.* »

Chi può costituire la dote? Lo accennai già: la donna stessa che va a marito, o che è già moglie,¹ oppure altri per lei. E quest'altro può essere o il padre o altro ascendente agnato della donna, oppure altra persona, la madre, un fratello, un parente, un estraneo. Ma poichè sotto varii rapporti era per certi effetti giuridici differente il caso di dote costituita dal padre, od ascendente paterno, e quello di dote costituita dalla stessa donna con proprii beni, o da altra persona, i giureconsulti assegnarono due nomi speciali alle due distinte categorie: e la prima fu detta *dos profectitia*, *adventitia* l'altra. Nei frammenti di Ulpiano VI, 3 troverete la distinzione delineata appunto così: « *dos aut*

¹ L. 19 C. de don. ant. nupt. V. 3.

profectitia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit: aut *adventitia*, id est ea quæ a quovis alio data est. »

E con più precisione ancora lo stesso Ulpiano definisce la dote profettizia con questi termini nel fr. 5 pr. h. t.: « *profectitia dos* est, quæ a patre vel parente profecta est de bonis et facto ejus. »

Il frammento che vi ho ora citato è importantissimo per la finezza di analisi con cui si pone in risalto il concetto fondamentale della *dos profectitia*, che è quello di provenire *de bonis et facto* del padre od ascendente paterno. Potrebbe in fatti accadere che la dote fosse bensì costituita e pagata materialmente dal padre, e tuttavia non avesse qualità di profettizia: come per converso potrebbe materialmente esser data da altri, ed assumere ciò non ostante tale qualità.

Supponete che un tale, avendo particolare benevolenza verso una giovane che va a marito, dia al padre di essa una somma col patto che gliela costituisca in dote. La somma entrò per donazione siffatta nel patrimonio del padre: ed è questi che materialmente costituisce poi e paga la dote. Sarà dote profettizia? No, risponde il giureconsulto (§ 9), perchè il padre l'ha data in forza del patto obbligatorio che alla donazione era adjetto, e che non adempito da lui lo avrebbe assoggettato a restituzione: « si quis certam quantitatem patri donaverit ita, ut hanc pro filia daret, *non esse dotem profectitiam* Julianus libro XVII Dig. scripsit; obstrictus est enim ut det, aut, si non dederit, conditione tenetur. » E così pure: un terzo fa promessa di dote: il padre della ragazza interviene quale fidejussore del promettente; poi, quando si è al momento di doverla

pagare, il promettente non può, e deve sborsarla del proprio il padre fidejussore. Sarà profettizia cotale dote? Non lo sarà, perchè quantunque data dal padre, fu data in conseguenza del rapporto fidejussorio incontrato da lui per un estraneo (§ 6): « si pater, non quasi pater, sed alio dotem promittente fidejussit, et quasi fidejussor solverit, Neratius ait *non esse profectitiam dotem*, quamvis pater servare a reo id quod solvit non possit. »

Per converso: un tale, colla dichiarata intenzione di far donazione al padre della giovane costituisce la dote per questa; sebbene non sia materialmente intervenuto il fatto del genitore, pure la dote si avrà per profettizia (§ 2): « quodsi quis patri donaturus dotem dedit, Marcellus libro VI Dig. scripsit, hanc quoque *a patre profectam* esse, et est verum. » Come ugualmente sarà profettizia la dote, se il padre la promise, ed un terzo, intervenuto a guarentirla come fidejussore, finì per pagarla. Non avete qui il fatto materiale del pagamento da parte del padre: ma avete bene l'obbligo che lo astringe verso il fidejussore; e tanto basta: (§ 7): « si pater dotem promisit, et fidejussorem vel reum pro se dedit, ego puto *profectitiam esse dotem*; sufficit enim quod pater sit obligatus sive reo, sive fidejussori. »

Del resto a rendere profettizia la dote non guardasi se il padre costituente avesse o no la patria podestà sulla dotata: anche alla emancipata può il padre costituire una dote, e questa essere profettizia; guardasi se la diede *ut parens*, o se la diede *ut debitor* in forza di qualche speciale rapporto obbligatorio: nel primo caso

sarà profettizia, avventizia nel secondo (§ 11): « si pater pro filia emancipata dotem dederit, *profectitiam* nihilominus dotem esse nemini dubium est, *quia non jus potestatis sed parentis nomen dotem profectitiam facit*; sed ita demum si *ut parens* dederit; ceterum si, *quum deberet filiae*, voluntate ejus dedit, *adventitia* dos est. »

Ma se chiunque ha facoltà di costituire la dote, vi sono persone tenute a costituirlo? Vediamo.

Non pare che in antico vi fosse per alcuno vero obbligo giuridico di costituire la dote a donna che andasse a marito. Vi era però una specie di obbligo morale pel genitore, come tra gli altri ne fa fede il passo di Cicerone che ho riferito più sopra. Osserva anzi il *Walter* (St. del Dir. di Roma § 499) che questo era pel padre un punto d'onore. Ma una costituzione degli imperatori Severo ed Antonino, ricordata nel fr. 19 de r. n. 23. 2, tradusse quel dovere morale in obbligazione giuridica: « qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules præsidesque provinciarum coguntur..... dotare. »

Stabilito il principio, fu in più luoghi del testo riconfermato con applicazione a vari casi. Paolo, per es. nel fr. 17 de Sen. Mac. 14, 6 suppone che un figlio di famiglia abbia preso a mutuo danaro per dotar la sorella; e decide che il padre sarà tenuto *de in rem verso*, evidentemente perchè quel danaro servì ad adempiere un obbligo del genitore: « *filiusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore in dotem daret, pater ejus de in rem verso actione tenebitur.* » Celso nel fr. 6 de collat. 37, 7 pone il quesito se la

dote che diede l'avo paterno debba restituirsi al padre, quando dopo la morte dell'avo sia morta pure la dotata: « dotem, quam dedit avus paternus, an post mortem avi mortua in matrimonio filia patri reddi oporteat, quæritur. » E risponde essere ciò sommamente equo, per una ragione che ribadisce l'obbligo paterno di dotare le figlie: « occurrit æquitas rei, ut quod pater meus propter me filia meæ nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim, quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet, et quia pater filia, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. » E finalmente Giustiniano nella L. 7 de dot. prom. 5, 11 disse chiaro essere risapute le leggi che stabiliscono pel padre quest'obbligo di dotazione: « neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est omnino paternum esse officium dotes..... pro sua dare progenie. »

È disputa tra gl'interpreti se quest'obbligo incomba soltanto al padre riguardo alla figlia soggetta alla sua potestas, o se ancora riguardo alla emancipata. Voet,¹ per es., Eineccio,² Mühlenbruch,³ insegnano che l'obbligo corre anche a pro della emancipata: il negano Ubero,⁴ Noodt,⁵ Vinnio,⁶ ed altri. L'argomento più forte di questi ultimi è quello che desumesi dall'indole dell'emancipazione che tronca i rapporti della famiglia agnatzia, e dal testo surriferito del fr. 19 de r. n. che

¹ Ad Pand. h. t. n. 12.

² Ad Pand. h. t. § 187.

³ Doctr. Pand. § 511.

⁴ Præl. ad Pand. h. t. n. 5 in pr.

⁵ Ad Pand. h. t.

⁶ Sel. Qu. Iur. II, 14.

parla soltanto delle figlie soggette a patria potestà. L'argomento però non mi sembra concludente in modo assoluto. Giacchè, quanto al citato frammento 19, ben è vero che ivi si accenna soltanto a figlie *in potestate*, ma gli è perchè a due cose allude il frammento, cioè all'obbligo di dotare, e al consenso da darsi dal padre al matrimonio, l'ultima delle quali cose le sole figliefamiglia riguarda. E quanto all'indole dell'emancipazione, vero è bene che essa tronca i rapporti colla famiglia agnatzia, ma vero è altresì che le vecchie idee in questo tema radicalmente si modificarono per l'importanza che andò man mano attribuendosi all'elemento cognatizio, ai *jura sanguinis*, e dall'Editto pretorio in pria, e più largamente dappoi da Giustiniano. A buon conto Papiniano, supposto il caso che il padre, curatore della figlia emancipata, le abbia, senza esprimere in quale qualità, costituita la dote, insegnava doversi ritenere che gliel'abbia costituita nella sua qualità di padre, non di curatore: fr. 5 § 12 h. « Papinianus libro X quæstionum ait, quum pater curator suæ filiæ juris sui effectæ dotem pro eâ constituisset, magis eum *quasi patrem*, quam *quasi curatorem* fecisse videri: » lo che manifestamente allude all'adempimento di un obbligo anche verso l'emancipata. E Ulpiano ci disse nel § 11 dello stesso frammento, che la dote data dal padre alla emancipata si ha pur sempre per profettizia « *quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit*: » segno palese che in questo tema non si considerava l'emancipazione come assolutamente annullatrice dei rapporti tra padre e figlia, fondati nel *jus sanguinis*. Aggiungete che nella L. 7 C. de dot. prom. Giu-

stiniano ragiona delle figlie emancipate non meno che delle soggette a patria potestà, e con formola generale, comprensiva cioè dell' une e delle altre, non dubita di affermare « *omnino paternum esse officium dotes..... pro sua dare progenie.* »

Ma se il padre deve per diritto romano dotare la figlia, e, secondo ch' io penso, anche l'emancipata, vi è forse una misura determinata, un *quantum* preciso di tale obbligazione? Quello p. e. che si riscontra nella legittima, di essere cioè una determinata frazione del patrimonio, si riscontra ancor nella dote? Non già: il sistema romano non si spinse a tanto: lasciò invece al prudente arbitrio del padre il dare la dote in questa o quella misura; e si contentò di indicare delle norme generali, dei sommi criterii, secondo cui il giudice potesse nei singoli casi decidere se l'arbitrio paterno si fosse o no esercitato secondo giustizia. Codeste norme, codesti generali criterii sono quelli che le scuole designano come regole della *congruità della dote*; e ci vengono nel testo ricordati in tre frammenti, nel 60 h. t., nel 69 § 4 e 5 eod., e nel 43. de leg. 3, con queste formole: « *modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est, quousque ratio patitur:* » « *dotis quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest:* » « *pro modo facultatum et dignitate natalium:* » e nell' ultimo dei citati frammenti, in cui si figura che il padre abbia nel testamento lasciata alla sua figlia la dote da determinarsi *arbitratu tutorum*, si pone dapprima che questo *arbitrium* non deve intendersi sfrenato, ma nel senso di *arbitrium boni viri*: « *Tubero perinde hoc habendum ait, ac si viri*

boni arbitrato legatum sit; » poi si soggiunge questa domanda e risposta di Labeone, che riproduce i criterii sovraccennati: « Labeo quærit, quemadmodum apparet *quantam dotem* cujusque filiae *boni viri arbitrato* constitui oportet? Ait, id non esse difficile *ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum* testamentum facientis aestimare. »

Anche per la madre troviamo scritto nelle leggi romane l'obbligo di dotare la figlia: ma non in modo di regola, bensì in via sussidiaria, o per effetto di un *jus singulare*. « *Mater pro filia dotem dare non cogitur* (dice la L. 14 C. h. t.), *nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa*. » La frase *ex magna et probabili causa* denota il caso in cui per deficienza di mezzi da parte del padre od avo paterno, e per propria inopia non potesse la figlia avere una dote. Si tratterebbe allora per la madre di adempiere *in subsidium* a quell'obbligo che normalmente ad altri incomberrebbe.¹ L'altra espressione « *vel lege specialiter expressa* » accenna a disposizione di *jus singulare*: e il Serafini giustamente nota che in diritto romano troviamo a questo proposito una sola causa espressa, cioè l'eresia della madre, quando la figliuola è ortodossa: causa che, com'è chiaro, non ha più alcun pratico valore.² Questo strano *jus singulare* è dovuto all'imperator Giustiniano, che lo sancì nella L. 19 § 1 C. de haer. et man. 1, 5.

¹ V. *Cabrini* de Dote Insp. 5.; *Forti* Trattato della Dote P. I, c. 1, § 2, n. 21; v. et *Bossi* de Dote c. 5, § 1, n. 6 e segg.

² Ad *Arndts* Pand. § 396 nota 2: vid. et *Schupfer* Dir. della fam. vol. 1, pag. 295.

E il fratello sarà egli tenuto *in subsidium* a dotar la sorella? Abbiamo nelle Pandette un testo di Paolo nel fr. 12 § 3 de adm. et per. tut. 26, 7, che ha dato luogo a due discrepanti opinioni. Ivi si figura l'ipotesi che trattisi di sorella uterina, la quale non abbia dote: e si dice che il tutore del fratello di essa non deve darla, perchè si tratterebbe di una liberalità che il fratello, divenuto maggiore, userà poi o non userà a suo grado: « Tutor..... non dabit dotem sorori pupilli *ex alio patre natae*, etiamsi aliter ea nubere non potuit, nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quæ servanda arbitrio pupilli est. » Dal negarsi qui l'obbligo rispetto alla sorella *uterina*, alcuni Interpreti, argomentando *a contrario sensu*, hanno dedotto che l'obbligo vi fosse per la *germana* o *consanguinea*. Voet¹ p. e. è di quest' avviso: lo è il *Mühlenbruch*²; e il sommo *Cujaccio*,³ mentre notava che « est in hanc rem hic locus valde singularis, » non dubitava di affermare che la riferita sentenza di Paolo ci somministra un « *certissimum argumentum a contrario* » per ritenere che il fratello debba una dote alla germana o consanguinea, « *si ea aliunde nubere non possit.* » Vinto da queste imponenti autorità io pure sottoscrissi a tale opinione nella mia *Synopsis Prælectionum* (1858) § 15. Ma ripensando ora alla cosa, non credo di dovere in quella opinione persistere. Già l'argomento *a contrario* non è sempre sicuro: bisognerebbe dimostrare che la circostanza di

¹ Ad Pand. h. t. n. 14.

² Doctr. Paud. § 521.

³ In h. L. ad Lib. 38 Pauli ad Ed.

fatto allegata nella decisione contiene la ragione determinante la decisione stessa.¹ Poi, se vogliam pure argomentare *a contrario* sulla base del citato frammento, il solo argomento che se ne potrà dedurre sarà questo, che la dote costituita dal tutor del fratello alla costui germana o consanguinea « non ex tali liberalitate fit, quæ arbitrio pupilli servanda est: »² » ma rimarrà essa pur sempre una *liberalitas*. Sicchè la sola differenza avuta in vista da Paolo non sarà già stata quella di stabilire che il fratello non sia obbligato a dotare la sorella uterina, e il sia a dotare la germana o consanguinea; ma invece quest'altra, che al tutore del fratello non è permesso in sua rappresentanza esercitare questa liberalità verso la sorella uterina, è permesso verso la germana o consanguinea, senza rischio di esserne redarguito nel *judicium tutelæ*.³ E questa interpretazione del testo è resa vieppiù probabile dall'intera economia del medesimo. Paolo in fatti nota che essendo il tutore preposto « non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli, » può fare talune cose alle quali il pupillo non sarebbe strettamente obbligato in senso coercitivo, quella fra l'altre di dare « solemnia munera parentibus cognatisque: » dopo di che avverte che non deve però dar la dote all'uterina, perchè si tratterebbe di una liberalità « servanda arbitrio pupilli. » Vuol dire adunque (se dobbiamo argomentare *a contrario*) che potrà dare una conveniente dote alla sorella *ex eodem patre nata*, senza

¹ Vid. *Noodt* ad Pand. h. t.

² *Serafini* ad *Arndts* Pand. § 396, nota 3.

³ V. *De Crescenzi* Sist. del Dir. Civ. Rom. § 108 in nota.

che da ciò discenda la conseguenza che il fratello sarebbe stato costretto giuridicamente a darla, come non sarebbe stato costretto a mandare *solemnia munera* ai parenti.

In somma: quel frammento di Paolo segna una regola di gestione tutelare: indica certi atti di liberalità che egli può fare pel pupillo senza incorrere responsabilità d'indennizzo: ma non istabilisce con ciò che il fratello abbia obbligo di dotare la sorella germana o consanguinea, e che possa esservi costretto con mezzi legali.¹ Certo, un obbligo morale vi era; essendo, e reputandosi indecente cosa che un fratello dovizioso non pensasse a fornire di decente dote la sorella povera. Così un personaggio introdotto da Plauto nel *Trinummus* III, 1 dice essere appena da credersi che ciò possa accadere: « Sine dote ille illam in tantas dovittias dabit? Non credibile dicis. » Così nello stesso atto terzo, alla scena 2^a della citata Commedia, il fratello della giovane vagheggiata da Lusitele dice che non tollererà mai di lasciarla andare senza dote a marito, giacchè gli parrebbe di darla in concubinato: « ne mihi hanc famam differant; Me germanum meam sororem in concubinatum tibi — Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium; » e soggiunge che l'onore suo ne sarebbe supremamente offeso: « quis me improbior perhibeatur esse? » Ma se questo serve, com'è indubitato, ad accentuare fortemente l'obbligo morale, è ben lontano dallo stabilire quell'obbligo giuridico il cui adem-

¹ Anche *Haimberger* Dir. rom. pr. e puro § 557 è di questo avviso. Vedi altresì *Schulting* Notæ ad Pand. ad d. L. 12, § 3 de adm. tut.

pimento potesse esigersi per via di tribunale, come potè esigersi quello del padre in virtù della costituzione di cui parla la L. 19 de r. n., e in certi casi quel della madre in forza della L. 14 C. de jure dotium.

LEZIONE XIII.

[12 Gennaio 1881]

DELLA DOTE (seguito).

Modi di costituzione della dote. — Responsabilità che incontra il costituente pel caso di evizione.

Ulpiano, nel titolo 6 § 1 dei *Fragmenta* ci delinea così i modi di costituzione della dote: « *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur.* » Il primo di questi modi, la *datio dotis*, accenna a un immediato trapasso delle cose, o dei diritti che ne forman l'oggetto, dal costituente al marito. Gli altri due la *promissio* e la *dictio*, accennano al prendere intanto vita una obbligazione del costituente, la quale poi dovrà in seguito tradursi ad esecuzione.

Quando adunque taluno costituisce in dote a una donna che va a marito una casa, un fondo, una somma, e quella casa, quel fondo, quella somma immediatamente consegna al marito pel dichiarato titolo dotale, la costituzione diremo avvenuta nel primo degli indicati modi; useremo l'espressione « *dos data.* » Se la cosa era in proprietà del costituente, il marito per la seguita *datio* ne diventerà proprietario egli stesso: se il costituente non ne aveva il dominio, ma il marito trovavasi

in buona fede, sarà messo *in facultate usucapiendi*, vale a dire ne acquisterà il dominio a mezzo del non interrotto possesso per tutto il tempo richiesto dalle leggi per l'usucapione. Così Cajo ci dice (I. II, 63) che « dotale prædium..... ipsius fit mariti, vel *mancipatum* ei dotis causa, vel *in jure cessum*, vel *usucaptum*. » E nelle Pandette, là dove si tratta dei differenti titoli idonei a servir di substrato all'usucapione (Lib. XLI), ne riscontrate uno speciale (tit. 9) che appunto si denomina *pro dote*, e del quale così parla Ulpiano nel fr. 1: « *titulus est usucapionis, et quidem justissimus, qui appellatur pro dote; ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio solemnī, quo solent qui pro emtore usucapiunt.* »

La stessa formola « *dos data* » applicheremo pur anco al caso che oggetto della dote sia un credito già esistente, il quale da chi costituisce la dote venga per tale titolo trasmesso al marito, o per delegazione, o per cessione semplice. Giacchè anche in quest'ultima ipotesi il trapasso ha luogo a favor del marito, che potrà esercitare contro il debitore come *utiles* le *actiones* che *directæ* competevano al cedente. È puntuale il testo nella L. 2 C. de o. et a. 4. 10: « *nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio præcesserit, nec litis contestatio subsequuta sit, utilem tamen marito actionem, ad similitudinem ejus qui nomen emerit, dari oportere, sæpe rescriptum est.* »

E così applicheremo la stessa formola « *dotis datio* » al caso in cui l'oggetto della dote consista nella liberazione del marito da un preesistente suo debito, o nella estinzione a favor suo di un diritto restrittivo della sua

proprietà. Sono casi contemplati in parecchi luoghi del testo. Così nel fr. 41 § 2 h. t. Paolo scrive: « accepti quoque latione dos constituitur, quum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa. » Così Trifonino nel fr. 78 in pr. eod. parla di dote consistente in questo, che la donna rinunziò *dotis causa* all'usufrutto che le compete sopra un fondo del marito: « in fundo mariti habens mulier usumfructum dotis causa eum marito dedit, » facendo così scomparire quella restrizione della proprietà del marito, il quale « suo fundo quasi dominus utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem. » In questi casi l'ammontar della dote corrisponderà, com'è chiaro, all'importo del vecchio debito nella prima ipotesi, al valore dell'usufrutto nella seconda. Ma e nell'una e nell'altra, essendo immediato il conseguimento della utilità effettiva da parte del marito, la formola « *dotis datio* » è quella che rappresenta il modo di costituzione della dote.

Diverso accade quando il costituente si limita a promettere una cosa, una somma od altro a titolo dotale. Certamente, fino dall'istante della promessa fatta nella forma solenne di stipulazione prende vita un rapporto obbligatorio, il cui adempimento potrà esigersi dal marito coll'*actio ex stipulatu*, a quella scadenza che il contratto determina, od anche subito dopo la celebrazione delle nozze, se il contratto è muto intorno a ciò. La dote è dunque fino da quell'istante costituita: ma è *dos promissa*, non *data*: e quei due momenti che nella *dotis datio* sono sincroni, anzi si confondono in uno — costituzione della dote, e passaggio dell'oggetto dotale al marito, — qui si hanno distinti; costituita è la dote,

ma il passaggio dell' oggetto dotale al marito è rimesso a un più o men prossimo futuro.

Lo stesso vuolsi ripetere della *dotis dictio*, la quale in sostanza altro non era che la promessa di dote, ma promessa fatta senza che precedesse quella *interrogatio* che era elemento indispensabile, forma essenziale della stipulazione. In parecchi frammenti di questo titolo (25, 46 § 1, 59 pr., et pass. abili) e nelle vecchie commedie abbiamo frequenti gli esempi di questo modo di costituzione di dote. Ne scelgo uno che mette in risalto la *dictio* in quanto distinguesi dalla *promissio*. È un passo del *Trinummus* di Plauto Atto 5° scena 2ª. Lusitele domanda a Carmide se gli promette sua figlia in moglie: « Sponden' tu ergo tuam gnatam uxorem mihi? » E Carmide a lui: « Spondeo, et mille auri Philippum dotis. » Voi qui avete una vera stipulazione quanto agli sponsali, avete cioè una domanda e la congrua risposta; ma quanto alla dote avete la sola affermazione del padre, non preceduta da domanda, avete cioè quello che in classico linguaggio chiamavasi *dotis dictio*.

Or bene, o Signori, questo modo, che generalmente parlando non sarebbe stato efficace a dar vita al rapporto obbligatorio, lo era se adoperato dalla stessa donna che andava a marito, o da un suo debitore dietro comando di lei, o dal padre suo o altro ascendente paterno. Così appunto Ulpiano dopo aver detto « dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur, » soggiunge: « *dotem dicere potest mulier quæ nuptura est; et debitor mulieris, si jussu ejus dicat; item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem possunt omnes.* »

Lo stesso concetto è anche più chiaramente spiegato nell'Epitome di Cajo II, 9, 3 là dove parla dell'*obligatio* che *verbis contrahitur*. La regola (egli dice) è questa, che a produrre per tal modo il rapporto obbligatorio occorre l'interrogazione dello stipulante, e la risposta del promettente: ma vi sono casi eccezionali, in cui l'obbligazione si contrae per la sola promessa non preceduta da interrogazione. Uno di codesti casi è, « si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit. » Un altro è appunto quello di cui ora ci occupiamo, « si mulier sive sponso uxor futura sive jam marito dotem dicat; » e poco monta se trattisi di cose mobili o di fondi, « quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. » Modo questo di obbligarsi, che in tema di dote è comune pur anco al padre della donna, e al debitore di lei, ben inteso quando prometta dietro suo ordine: « et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater ejus, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam ille debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. » Ma a queste tre sole categorie di persone è limitata la *vis obligatoria* della *dictio*: « hæ tantum tres personæ nulla interrogatione præcedente possunt dictione dotis legitime obligari. » Le altre tutte allora soltanto incontrano obbligazione efficace, se promettan la dote colla forma solenne di stipulazione: « aliæ vero personæ, si pro muliere dotem marito promiserint, communi jure obligari debent, idest, ut et interrogatæ respondeant, et stipulanti promittant. »

Ma le cose cambiarono per una costituzione di Teodosio e Valentiniano del 428, che troverete nel Codice

Teodosiano come L. 4 de dotib. 3, 13, e con lieve aggiunta nel Codice Giustiniano come L. 6 de dot. prom. 5, 11. Ecco le parole di questa legge: « ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint sive non (queste ultime parole sono le aggiunte), etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsequuta. » Fu tolta adunque per tutti la necessità della forma di stipulato per far nascere il rapporto contrattuale di dote costituita per promessa: o in altri termini, il concetto fondamentale della *dictio dotis* dal campo ristretto delle tre categorie di persone summentovate passò nel terreno del diritto comune a tutti; l'eccezione si generalizzò e divenne regola. Però voglio qui mettervi in guardia contro l'opinione di coloro che pensano avere la suddetta legge resa obbligatoria in tema di costituzione di dote la semplice *pollicitatio* non seguita da accettazione. « La parola *pollicitatio* (osserva assai bene il *Serafini*¹) fu adoperata in questa e in altre leggi nel significato generico di promessa, per non fare uso della parola *promissio* che più propriamente significava la promessa solenne fatta in forma di stipulazione. Certamente basta anche un'accettazione tacita per parte del marito, la quale nel diritto antico era sottintesa anche nella *dictio*, quando non seguiva un'accettazione espressa (*accipio*). » Ma sarebbe un errore considerare la semplice promessa dotale del diritto romano nuovo come *pollicitatio* nel senso tecnico, cioè come promessa non seguita da accettazione. Non

¹ Ad *Arndts* Pand. § 397 nota 2.

così oltre si spinse la modificazione introdotta dal diritto nuovo. La promessa dotale fu bensì considerata efficace, e per tutti sebbene non accompagnata dalle forme solenni della stipulazione: ma per costituire il rapporto obbligatorio, da cui non fosse lecito l'unilaterale recesso, da cui cioè non potesse il promettente svincolarsi a piacere, seguì sempre a richiedersi l'accettazione, perchè è solo dal momento di essa che si verifica il « *duorum in idem placitum consensus*. »

A questi modi di costituzione della dote, che vi ho finora descritti, e che tutti appartengono alla classe degli atti tra vivi, dovete aggiungerne un altro; voglio dire la costituzione di dote per atto di ultima volontà. Nulla in fatti impedisce che un testatore lasci a titolo di dote una cosa, una somma. La disposizione testamentaria sarà allora l'atto costitutivo; l'apertura della successione segnerà il momento in cui il diritto prende consistenza e vita. Ce ne porgono esempi in più luoghi le fonti. Così Giuliano nel fr. 48 § 1 h. t. ci parla di legato di dote fatto con questa formola: « *socer genero suo sic legaverat: — Lucio Titio filiae meae nomine centum heres meus damnas esto dare:* » e soggiunge « *hanc pecuniam generum petere debere, exactam acceptam legatis referre,* » in guisa però che s'intenda « *dotis esse factam.* » E Papiniano nel fr. 71 § 3 de cond. et dem. 35, l. figura la stessa specie, riproduce la stessa massima, e si distende in ulteriori considerazioni, specialmente quanto alla competenza dell'azione. « *Titio genero meo heres meus dotis Sejae filiae meae nomine centum dato.* » A chi apparterrà il legato? Sotto un certo rapporto può dirsi che appartiene alla donna, a

cui interessa di trovarsi dotata: ma è pure innegabile che cotale legato provvede altresì agl'interessi del marito, il quale vi troverà un sussidio a sostenere i pesi del matrimonio. Anzi il giureconsulto dà prevalenza a quest'ultimo aspetto: e decide che l'azione spetterà al marito: « legati quidem emolumentum ad Sejam, *quæ dotem habere incipit*, pertinebit; sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque cui pecuniam legavit consultum videtur, *prope est ut ipse legatarius intelligatur, et legatum petere debeat*. » Al marito adunque dovrà l'erede fare il pagamento, anche qualora la donna vi si opponesse: « constante matrimonio, etiam prohibente muliere, Titio recte solvetur; hoc enim et mulieris interest, *ut incipiat esse dotata*. » E se a taluno piacesse di dire che anche la donna, quale legataria, può avere azione, si potrebbe ammettere, ma a patto soltanto che la somma riscossa si converta in dote: giacchè se la donna volesse esigere la somma, e non farla dotale, sarebbe certo rejeta la sua domanda, la quale si troverebbe elisa dalla *exceptio doli*, basata in questa contravvenzione alla volontà del disponente: « nam et si quis ipsam quoque petitionem habere responderit, eaque pecuniam petat *neque dotis fieri velit*, non dubie *doli summovebitur exceptione*.¹ »

Abbiamo discusso dei differenti modi di costituzione della dote. Ora debbo chiamare la vostra attenzione all'altra parte del proposto tema, e cioè alla responsabilità che il costituente incontra. Mettete che le cose date a titolo di dote vengano evitte, come appartenenti od

¹ Vid. *Cujaccio Recit. sol. ad L. XVII, Qu. Pap. in h. L.*

obbligate ipotecariamente a un terzo, il quale le rivendica, o coll'azione d'ipoteca giunge ad espropriarne colui che in dote le ricevette. Il costituente sarà o no tenuto a indennizzi? dovrà o no *evictionem præstare*, per usare la tecnica frase?

Cominciamo dello stabilire una cosa, intorno a cui non mi pare debba esser luogo a dubbio, perchè conforme alla più stretta logica del diritto. Se il costituente era obbligato per legge a dare la dote, se per esempio si tratterà del padre, o della madre in certi casi, l'obbligo di prestar l'evizione si presenta spontaneo e naturale. Imperocchè delle due cose l'una. O il costituente sapeva che l'oggetto da lui dato non gli apparteneva, od era obbligato ad altri: ed egli sarà tenuto in conseguenza della sua mala fede. Od egli buonamente credeva di potere di quell'oggetto disporre: e sarà sempre vero che in realtà non soddisfece definitivamente all'obbligo che gl'incombeva di dotare. Dando p. e. il fondo A che riteneva suo *ha creduto* di adempire il suo obbligo, e di mettersi in regola col precetto di legge: ma in effetto *non l'ha adempito*, dacchè quel fondo viene rivendicato dal proprietario. Chi aveva diritto di conseguire una dote, non può starsi contento a una parvenza, a una cosa effimera, a un'ombra che si dilegua. Il costituente adunque anche in tal caso deve risponderne: non può sottrarsi alla ragion d'indennizzo: è tenuto *ad evictionem præstandam*; « cum enim (dice in proposito assai bene il Voet ¹) officium ejus sit dotem pro sua dare progenie, aliam evictæ loco dare compellendus est. »

¹ Ad Pand. de Evict. XXI, 2, n. 11.

Ma la difficoltà allora sorge, quando si tratta di dote costituita da chi non era obbligato a dotare: e la difficoltà ha origine da questo, che nel titolo di dote, avete, direi quasi, un misto di *causa lucrativa* e di *causa onerosa*. Di causa lucrativa, se considerate la cosa nei rapporti della dotata, e dello stesso dotante il quale non ritrae alcun corrispettivo da quell'atto che pone per beneficiare. Di causa onerosa, se la considerate nei rapporti del marito, che se da un lato godrà delle cose dotali, dall'altro ha a sostenere i pesi del matrimonio in vista di che appunto la dote vien data. Questo duplice aspetto è messo in risalto, tra altri luoghi del testo, dal fr. 25 § 1 quæ in fr. cred. 42, 8 che ai creditori danneggiati concede l'azione contro la dotata « quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse, » non la concede contro il marito *inscium fraudis*, perchè si considera non quale donatario, ma quale uno cui fu dato *ob causam*: « in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei debèretur acceperit, quum is indotalam uxorem ducturus non fuerit. »

Ora, se voi considerate la costituzione di dote sotto il primo di questi aspetti, sarete tentati a dire che il costituente non debba prestar l'evizione, a meno che l'abbia esplicitamente promessa, o che versasse in dolo: tale essendo la regola che si applica in tema di donazione, siccome appare dalla L. 2 C. evict. 8 45, e dal fr. 18 § 3 de donat. 39, 5. Se invece la considerate sotto il secondo, sarete condotti a dire che pel caso di evizione l'indennità è dovuta, indipendentemente da pro-

messa e da dolo, come conseguenza del rapporto obbligatorio avente a sostrato una causa onerosa.

Come dunque fu risolta la difficoltà in diritto romano? Lo fu colla scorta di certe distinzioni, che figurano nella L. 1 C. h. t., costituzione di Severo ed Antonino, distinzioni che non tutti trovano perfettamente conformi ai principii, per es. il *Maynz*¹ che le chiama « distinctions plus spécieuses que rationnelles et équitables. » Eccovi una breve analisi di quella legge. Distingue essa il caso in cui la dote sia stata costituita mediante *promessa*, seguita poscia da pagamento, dall'altro in cui sia stata costituita mediante *datio* non preceduta da promessa. Nel primo di questi casi vuole tenuto il costituente all'obbligo di prestar l'evizione: « evicta re quæ fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel stipulatione agere potest. » E ciò evidentemente perchè non si ha per adempita definitivamente la promessa, se la cosa che ne formava l'oggetto non passa in podestà del ricevente. È il concetto che espresse Paolo così nel fr. 98 pr. de sol. 45 3: « harum enim rerum solutio non potest nisi ex eventu liberare, scilicet quo casu certum erit remanere eas. »

Nel secondo poi dei figurati casi, e cioè quando la costituzione della dote si operò a mezzo di una *datio* non preceduta da promessa, la citata costituzione sudistingue ancora. Ricevette il marito le cose date a prezzo di stima, sicchè verificandosi il caso di restitu-

¹ Cours de Dr. Rom. § 394.

zione sia esso debitore del valore attribuitovi? Allora si avrà un rapporto analogo a quello di compra-vendita, come dice la L. 5 C. h. t. « *quoties res æstimatæ in dotem dantur, maritus, dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur:* » epperò evitte le cose, avrà egli diritto a indennità, come l'avrebbe se si fosse in termini di vera compra. Anzi la legge che stiamo analizzando gli accorda precisamente l'*actio ex emto* per conseguir questo scopo: « *sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem ejus, si quidem res æstimata fuerit, ex emto competit actio.* » Se invece non si tratta di tale ipotesi, se (come dicono le scuole) siamo in termini di dote *qualitativa* non *quantitativa*, e la dote fu costituita mediante dazione non preceduta da promessa, il marito che soffersse evizione non potrà pretendere indennità contro il costituente di buona fede, il quale si presumerà aver voluto dare la cosa *prout est* senza sobbarcarsi a responsabilità per ignorati eventi, come appunto accade in linea di donazione: « *sin vero (prosegue la legge) hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio.* » Ben inteso che il costituente, se fu di mala fede, andrebbe sempre soggetto all'*actio de dolo*, la quale prenderebbe nome e qualità di *actio in factum* se costituente fu la moglie, e contro di lei s'avesse ad agire, perchè il rispetto ai rapporti conjugali non permetteva all'un dei conjugi di esercitare contro l'altro un'azione portante l'*infamia*, come quella *di dolo*:¹ « *dolo autem dantis interposito,*

¹ L. 2, C. de act. rer. am. 5, 21: « *constante enim matrimonio, neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.* »

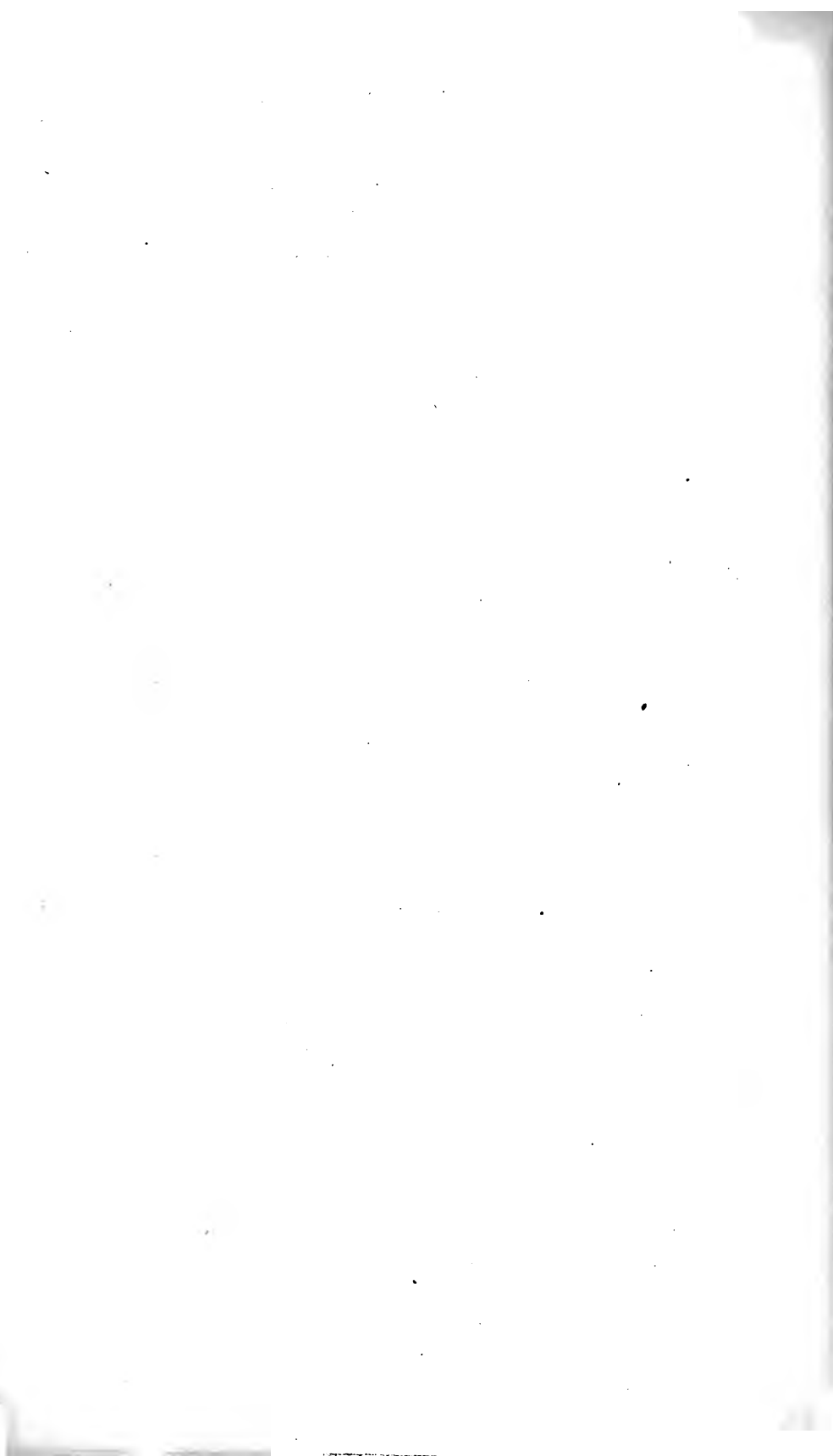
de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit. »

Ci resta soltanto a figurare l'ipotesi che la dote sia stata lasciata per testamento. Sofferta l'evizione, si potrà agire per indennità contro l'erede? La risposta viene qui suggerita da quelle regole discretime che troviamo sancite in tema di legati. Se oggetto della dote legata fu una *quantitas*, o un *genus*, l'erede non isfuggerà all'azion d'indennizzo: chè altrimenti non potrebbe aversi per adempita la volontà del defunto.¹ Ma se il legato è di specie, se p. e. il testatore lasciò in dote il tal fondo, l'erede non sarà tenuto a prestar l'evizione, dacchè egli ha adempito la volontà del defunto dando la cosa qual'è.² Superfluo è poi che dica non doversi quest'ultima regola applicare al caso in cui il testatore fosse obbligato per legge a dare la dote: già lo notai. Ma ritengo che quand'anche non si trattasse di vera persona obbligata, tale però che per ragione di parentela si potesse ragionevolmente supporre che avrebbe su altra cosa fatto cadere il legato « si scisset rem alienam esse, » si dovrebbe assoggettare l'erede all'obbligo di prestar l'evizione.³

¹ Fr. 58 de evict. 21, 1.

² Fr. 45 § ult. de leg. 1.

³ Arg. a L. 10 C. de leg. 6, 37.



LEZIONE XIV.

[15 Gennaio 1881]

DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote durante il conjugio. — Misure adottate dal Diritto Romano a sicurezza della dote.

Scopo della dote è (il vedemmo) fare alla donna un onesta condizione di conjugio, e aiutare il marito a sostenere i pesi del matrimonio. È adunque duplice il concetto che informa questo rapporto. Da un lato vi è quello di provvedere alla donna: dall'altro quello di sovvenire al marito. E a questo doppio ordine d'idee mirarono le leggi romane, quando dettaron norme assicuratrici del patrimonio dotale, ed, elevandole al grado di regole interessanti il bene pubblico, proclamarono « reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere: » e quando sancirono che « ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. » Ci occuperemo oggi del primo.

Varie sono le misure che adottò il Diritto Romano a sicurezza della dote, e che quindi rispondono alla prima parte del problema. Le principali possono riassumersi in questi punti: 1° negata facoltà di restituzione della dote durante il conjugio, meno in casi eccezionali: 2° provvedimenti conservatorii in presenza di imminente

pericolo: 3° divieto di alienazione del fondo dotale: 4° guarentigie da cui l'*actio de dote* si volle circondata. — Percorriamoli succintamente. Sarà questo il tema della lezione odierna.

I. *Negata facoltà di restituzione della dote durante il conjugio, meno in casi eccezionali.*

Se si fosse accordato ai conjugi di divenire ad una consensuale restituzione della dote durante il conjugio, si sarebbe per una parte offeso il principio che avemmo occasione di studiare con qualche ampiezza nel corso dell'anno passato, trattando del tema di donazione, il principio cioè che vieta le *donationes inter virum et uxorem*: per altra parte si sarebbe contraddetta la massima che fu così energicamente espressa da Paolo nel fr. 1 h. t.; « *dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit: »* si sarebbe da ultimo messa in forse l'esistenza del patrimonio dotale esponendolo alle eventualità di capricciose dilapidazioni. Perciò voi trovate detto da Onorio e Teodosio nella L. un. C. v. 19, e ripetuto da Giustiniano nella Nov. 22, c. 39, che se durante il conjugio il marito restituì alla moglie la dote, ha fatto cosa che per legge non può stare: « *si constante matrimonio a marito uxori dos sine causa legitima refusa est hoc legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere. »* « Dotes (ripete Giustiniano) quas mariti acceperunt, non facile mulieribus, dum constat matrimonium, reddent, nisi ex causis quas lex enumeravit. »

Queste cause legittime di cui parlano gl' imperatori, costituiscono que' casi eccezionali, in cui cessa il divieto,

perchè nel conflitto di due scopi — conservazione della dote, e provvedimento ad urgente bisogno — si è creduto di dare a quest' ultimo, in determinate circostanze, la preferenza. Paolo ci ha indicate talune di queste circostanze in due luoghi del testo. Nel fr. 73 § 1 h. t., ove dice: « manente matrimonio non perdituræ uxori ob has causas dos reddi potest, ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium, ut in insulam relegato parenti præstet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat. » E nel fr. 20 sol. matr. 24, 3 riproduce in pressochè uguali termini la massima e le eccezioni: « quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut æs alienum solvat, aut prædia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ab hostibus redimeret, *quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere*; et ideo recte ei solvitur, idque et in filiafamilias observatur. » Ho voluto riferirvi per intero questi passi, perchè mi è sembrato confortante il notare, come il classico dritto romano, che di certo non pecca di sentimentalismo, abbia però sentita l'influenza di una filosofia umanitaria, e in certi incontri abbia messo l'*officium pietatis* al disopra delle esigenze del rigoroso diritto. Supremamente bella mi sembra quella sentenza, « *quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere*: » bello il vedere addotto l'*officium pietatis* verso congiunti colpiti da sventura, come ragione determinante di questa approvata deviazione dal principio, che « constante matrimonio dos reddi non debet. » Anche Scevola nel fr. 85 h. t. contempla uno dei casi eccezionali, ma non un di quelli

fondati in una ragione di pietà, sì in una ragione d'urgenza, cioè per dimettere *urgentes creditores*.

II. *Provedimenti conservatorii in presenza di imminente pericolo.*

Questi provvedimenti sono in certi casi il sequestro, e talvolta ancora la forzata restituzione della dote *ante tempus*.

Nel fr. 22 § 8 sol. matr. avete l'applicazione del primo di cotali provvedimenti ad un compassionevole caso. Una donna aveva portata lauta dote al marito. Colpita dalla maggiore delle sciagure, una malattia mentale, era trascurata dal brutale marito, che intanto se la spassava allegramente coi frutti della dote. Ulpiano, dalle cui opere è tratto il frammento, stigmatizza con forti parole il turpe contegno di quel marito, che « spernit infelicitatem uxoris, et non ad eam flecitur, nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dote: » e suggerisce al curatore e ai cognati della donna di adire il competente giudice, perchè il marito abbia da lui quel comando categorico che non seppe trovare nei sentimenti dell'uomo onesto e di cuore: « tunc licentiam habeant vel curator furiosæ vel cognati adire judicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta præstare, et medicinæ ejus succurrere, et nihil prætermittere quæ maritum uxori afferre decet secundum dotis quantitatem. » Che se il marito spinge l'audacia fino a dissipare i capitali dotali, Ulpiano suggerisce la misura del sequestro: « sin vero dotem ita dissipaturus manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus

ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia. »

Talvolta ancora la misura conservatoria potrebbe spingersi fino alla forzata restituzione della dote *ante tempus*. È lo stesso Ulpiano che ce lo insegna nel fr. 24 pr. cit. tit. Se, egli dice, durante il conjugio il marito verga all' inopia, sicchè il patrimonio dotale corra pericolo di andare sommerso nel naufragio, da quale momento comincerà a potersi pretendere la restituzione della dote? « Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? » E risponde: da quel dì in cui sia manifesto che il patrimonio del marito non risponde efficacemente del credito dotale: « et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. » Anche Giustiniano ha ripetuto questo concetto nella L. 29 C. h. t.; ma si è dato cura di soggiungere, che la moglie non possa alienare i capitali così recuperati, perchè la misura che si adottò a sicurezza della dote non abbia a convertirsi in una via che s'apra alla dispersione: « ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito, et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti filiorumque, si quos habet, utatur. »

III. Divieto di alienazione del fondo dotale.

Nel libro 2, tit. 21 delle *Sententiæ* di Paolo troviamo scritto: « Lege Julia de adulteriis cavetur ne dotale prædium maritus invita uxore alienet. » Lo stesso Paolo nel fr. 1 de fundo dotali 23, 5 qualifica questa legge

così « *lex Julia de fundo dotali*; » ma e dal citato passo delle *Sententiæ*, e dalla iscrizione di parecchi frammenti di questo titolo, è lecito argomentare si trattasse di un capitolo della *Lex Julia de adulteriis*. Checchè ne sia, gli è certo che codesta legge del tempo d' Augusto proibì al marito l' alienazione del fondo dotale, quando non vi fosse concorso il consenso della moglie. E da Giustiniano impariamo (pr. I. quib. al. lic. vel non 2, 8), che cotal fondo non potevasi dal marito, in forza del divieto di essa legge, assoggettare ad ipoteca, neppure allora che la moglie vi consentisse: « *alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant, hypothecas autem..... etiam volente.* »

Potrebbe a prima vista sembrare paradossale questo dare efficacia al consenso della moglie per tenere operativa l' alienazione, e non dargliela poi per convalidare l' ipoteca. Pare una contraddizione al principio — nel più sta il meno, — principio applicato così ai rapporti giuridici da Ulpiano nel fr. 21 de r. j. 50, 17: « *non debet cui plus licet, quod minus est non licere.* » Eppure, chi ben guardi, troverà che se il legislatore si mostrò più severo per la costituzione d' ipoteca, che per l' alienazione del fondo dotale, non fu senza ragione: egli anzi mostrò profonda conoscenza del cuore umano, ritenendo più facile che la donna si lasciasse indurre ad assoggettare il fondo dotale ad ipoteca, i cui effetti perniciosi sono eventuali, di quello che consentisse ad una alienazione il cui danno è certo e presente. Il legislatore volle adunque colla sua disposizione garantire la donna contro il pericolo più grave: e il *Maynz*¹

¹ Cours de Dr. Rom. § 395 nota 30.

finamente osserva che da uguale spirito si riscontra pure informata la disposizione del Vellejano, che proibì alla donna d' *intercedere*, ma non di *fare donazione* in favore altrui, per la ragione così espressa nel testo (fr. 4 § 1 ad Sc. Vell. 16, 1), « quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat. »

Per *dotale prædium* quello s' intende che fu dato non a prezzo di stima (fr. 11 de fund. dot.), quello cioè che costituisce dote *qualitativa*. Ma nel senso della *Lex Julia* è predio tanto l'urbano che il rustico, tanto l'intero che la frazione: « dotale prædium (ci dice Ulpiano nel fr. 13 pr. e § 1 d. tit.) accipere debemus tam urbanum quam rusticum; ad omne enim ædificium lex Julia pertinebit. Prædii appellatione etiam pars continetur. » Però da principio la disposizione non riguardò che gl' immobili italici, non i provinciali: « lex (così Giustiniano) in soli tantum rebus locum habebat, quæ italicæ fuerunt. » Ma già fin dal tempo di Cajo cominciò a dubitarsi se non si avesse ad estendere anche agl' immobili provinciali la disposizione di quella legge: I. 2, § 63 « quod quidem jus utrum ad italica tantum prædia, an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur. » Il quale dubbio fu poi tolto di mezzo da Giustiniano che nel citato passo delle sue Istituta estese la legge Giulia « et in eas res quæ in provinciali solo positæ sunt. »

Nè a ciò si stette contento: ma volle ancora cancellata quella distinzione che la *lex Julia* faceva tra l'ipoteca e l'alienazione, delle quali (come vi ho detto) permetteva l'ultima se fatta col consenso della moglie, vietava la prima in modo assoluto; mentre Giustiniano stabilì che e l'una cosa e l'altra rimanesse vietata, nè

il consenso della donna potesse far cessare il divieto: « *interdicta sit alienatio vel obligatio, et neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat*, » stimando così di meglio provvedere alla sicurezza del patrimonio dotale, e ad evitare i danni della moglie, « *ne sexus muliebris fragilitas (com' egli si espresse) in perniciem substantiæ earum convertatur.* »

IV. *Guarentigie da cui l' actio de dote si volle circondata.*

Per diritto antegiustiniano codesta azione, che avea nome di *actio rei uxoriæ*, era privilegiata sì, ma soltanto tra le altre azioni personali. Ciò vuol dire, che se venuto il momento della restituzione lo stato del marito si trovava gravato di passività contratte anche anteriormente all' epoca in cui questi ricevette la dote, la moglie era pagata a preferenza degli altri creditori del marito, quando le loro azioni fossero sol personali. Era questo il « *privilegium quod inter personales actiones vertitur*, » di cui parla il fr. 74 h. t.: e gli è appunto in relazione ad esso che Pomponio nel fr. 1 sol. matr. lasciò scritto, « *dotium causa semper et ubique præcipua est.* » E ciò oltre quel diritto di prelevazione delle cose dotali od acquistate coi danari della dote, di cui parlano i frammenti 22 § 13 sol matr., e 54 de jur. dot.: diritto che fu da Giustiniano ampliato colla L. 30 C. de jur. dot., accordandolo anche pel caso che si trattasse di *res æstimatæ*, se però si trovasser tuttora nel patrimonio del marito, « *si tamen extant*, » come in essa legge è scritto.

Ma Giustiniano non si limitò a questo: e colla celebre L. un. C. de rei ux. act. 5, 13, portante la data

del 530, cioè dell'anno successivo a quello in cui promulgò la citata L. 30 C. de j. d., all'*actio rei uxoriæ* sostituì come più piena e più efficace l'*actio ex stipulatu* tanto pei casi in cui fosse interceduta vera stipulazione, quanto per quelli in cui la solenne formola della stipulazione non si fosse adoperata: poi a quest'azione, ossia al credito dotale formante l'obbietto di essa, attribuì un'ipoteca legale, indipendentemente da qualunque convenzione. Lo stato giuridico adunque delle dotate si riduceva a questo: esse pel loro titolo dotale, come titolo portante per sè ipoteca, erano preferite a tutti i creditori chirografarii: erano poi posposte ai creditori ipotecari anteriori, e preferite a quelli che sol dopo di esse avessero conseguita un'ipoteca sui beni dei loro mariti.

Ma neppure di questa innovazione si contentò Giustiniano, ed un'altra anche più grave ne introdusse colla costituzione *Assiduis* del 531, che è la 12 C. qui pot. in pign. 8, 17. Esordisce egli in questa costituzione col dire che è stato inquietato da continue lagnanze di donne, le quali lamentavano le perdute doti, perchè gli anteriori creditori ipotecarii dei loro mariti tutto assorbivano l'attivo del loro stato: « *assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas.* » Inquietato adunque da questi femminili lamenti (disposizione d'animo non sempre propizia a giuste determinazioni), egli stabilì che l'ipoteca legale da lui concessa coll'altra costituzione al credito dotale godesse di tale e tanto privilegio, che a tutti i creditori del marito eziandio ipotecarii ed anteriori

s' avesse a preferire: « sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituendam dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere marito creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. » Nella Nov. 97, cap. 3 riprodusse e confermò tale disposizione.

Non era quindi soltanto (voi lo vedete, o Signori) un'ipoteca legale che veniva per tal modo concessa alle donne pei loro crediti dotali; era un vero privilegio, anche a pregiudizio dei creditori ipotecarii anteriori. Supponete per tanto che sotto una tale legislazione io avessi preso moglie. Facciamo ch' io avessi dei beni, dei tenimenti per 100000 scudi, e che tutti fossero coperti d'ipoteche a vantaggio di creditori miei. Prendo moglie, e questa mi porta una dote uguale al valor dei miei fondi. Io comincio a viver gran vita colle sostanze dotali; le dissipo; le riduco al nulla. Mi restano quei beni gravati dalle ipoteche che già ne assorbivano il valore al tempo in cui io mi ammogliai. Mia moglie avrebbe tuttavia avuta salva la dote, e i miei creditori, che anteriormente a lei avevano acquistata ipoteca, sarebbero rimasti allo scoperto. E tutto questo perchè? Per un riguardo *ad fragilitatem mulierum!* « Quis enim (dice Giustiniano) earum non misereatur propter obsequia quæ maritis præstant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia? » E lo stesso soggiunge nella citata Nov. 97: « infirmitatem namque muliebris naturæ satis novimus, et quam facile circumventiones fiant adversus eas: minui autem eis dotem nullo sinimus modo. »

Non si può negare che vi sia del cavalleresco in questo discorso. Tutto ciò che mira a proteggere il debole, a favorire il gentil sesso, ha sempre una certa impronta di generoso. Ma il legislatore dee forse lasciarsi trasportare dal sentimento, anche a pregiudizio di terzi innocenti? Per fermo che non è questa la missione di chi è chiamato a tutelare i diritti di tutti i cittadini. Si protegga il debole, s'abbiano riguardi alla *muliebris fragilitas*, si circondi delle più provvide guarentigie: l'animo onesto tributerà parole di lode. Ma le guarentigie al debole, la protezione, i favori, non si convertano in un'arma micidiale che vada a ferire i diritti che altri legittimamente acquistò. Colla disposizione giustiniana voi chiudete la via ad un inconveniente, quello della perdita della dote: ma aprite il varco a un'ingiustizia, quella di privare i terzi di un diritto quesito, e forse di portare il pianto e la desolazione in molte famiglie. Il rimedio è adunque peggiore del male. « Quid enim iniquius (esclama assai bene il Vinnio¹) quam jus, quod quis sua vigilantia sibi peperit, ei sine culpa sua auferre? »

Non è adunque meraviglia, o Signori, che risorta la giurisprudenza, si elevasse una quasi generale riprovazione contro quella legge di Giustiniano. Non ignoro che taluni Dottori avevano cercato di scemarne l'odiosità con introdurre delle limitazioni, che sono contrarie allo spirito onde la medesima si vede informata, contrarie alle parole colle quali è espressa. Così per esempio fu disputa tra Giovanni e Martino, antichi glossografi e

¹ Part. Iur. Civ. Lib. 2, cap. 25 in nota. — Vid. et Donell. ad h. Leg.

professori bolognesi, se la legge di Giustiniano s' avesse a intendere in modo che concedesse alla ipoteca legale *titulo dotis* il privilegio anche in confronto di ipoteche anteriori ed espresse, o se solo in confronto di ipoteche tacite: e Giovanni teneva quest' ultima sentenza, Martino la prima. I posteriori giureconsulti seguirono le parti chi di Giovanni, e chi di Martino, come suole accadere. Ma il fatto è però, e lo ha provato invittamente il *Cujaccio*,¹ essere vera la sentenza di Martino: e cioè che per la legge giustiniana l' ipoteca dotale della moglie vinceva le ipoteche anteriori dei creditori del marito avvenga che espresse. Era adunque (non può negarsi) una improvvida e mal concetta legge: e più che l' impronta del giusto e imparziale legislatore, quella vi presenta dell' uomo sopraffatto dai femminili lamenti, « *assiduis additionibus mulierum inquietati sumus.* » Ond' è che, anco prima dei moderni Codici, parecchi Stati di Europa, quantunque si reggessero colle norme del Diritto Romano, a questa disposizione però in tutto o in parte derogato avevano, come del Belgio e dell' Olanda ci attestano il *Voet*² e il *Vinnio*,³ e della Francia il *Troplong*.⁴

Vi ho delineato, o Signori, le principali misure che il Diritto Romano dettò per raggiungere lo scopo che « *mulieres dotes salvas haberent.* » Ma la dote ha pure per obbiettivo, o per causa finale, di sovvenire al marito « *ad sustinenda onera matrimonii.* » Quali norme

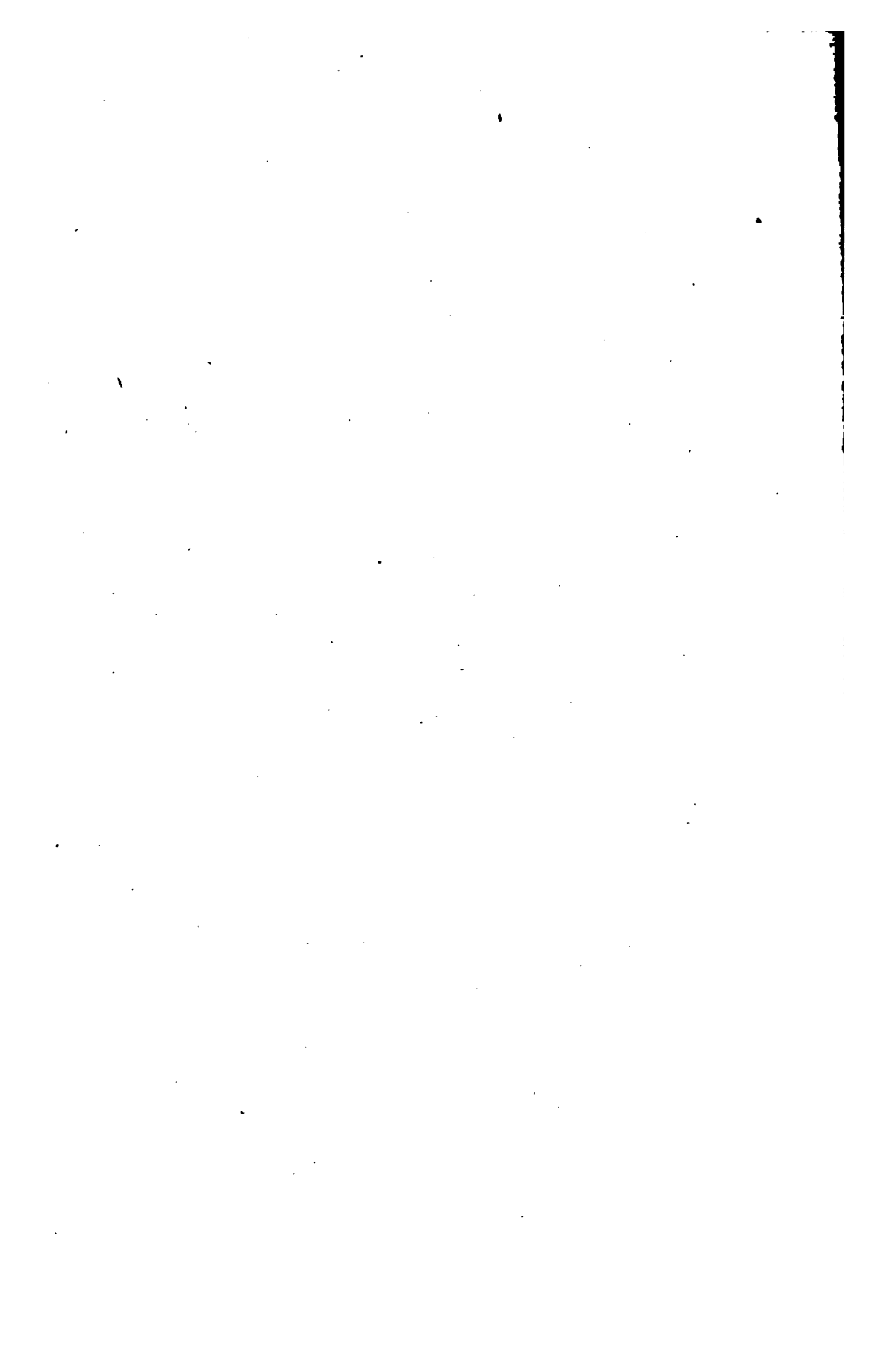
¹ Recit. Sol. ad h. Leg.

² Ad Pand. Lib. XX tit. 2, n. 20.

³ Loc. cit.

⁴ Privilèg. et Hypothèq. n. 417.

dettarono i Romani a raggiungere questo intento? Come regolarono sotto questo aspetto il destino della dote durante il conjugio? Sarà questo il tema della lezione ventura.



LEZIONE XV.

[22 Gennaio 1881]



DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote durante il conjugio. — Diritti del marito su di essa.

Se la dote, oltre allo scopo di fornire alla donna una onesta condizione di conjugio, ha pur quello di aiutare il marito *ad sustinenda onera matrimonii*, vedete già di primo tratto quale conseguenza ne derivi: — questa, che durante il conjugio tutta l'utilità che dalla dote può trarsi deve spettare al marito, il quale potrà bensì avere un obbligo di restituzione a matrimonio disciolto, ma intanto ha diritto a quegli emolumenti in cui ha a trovare un ajuto a sostenere i pesi matrimoniali. L'una cosa sta all'altra, come mezzo al fine. Questo si vuole: non può disvolersi quello: — è evidente.

Ma questa formola, a cui risponde la sentenza di Paolo nel fr. 1 h. t. « *dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit,* » non basta di per sè sola a darci una completa idea dei diritti che ha il marito sulle cose dotali. Rimane a vedersi di quale indole siano questi diritti: se rispondano al concetto di proprietà, o a quello di

usufrutto e di amministrazione, con larghi ed estesi poteri. È questa la ricerca che oggi faremo insieme, o Signori, a compimento del tema — destino della dote durante il conjugio.

Cominciamo intanto dallo stabilire quei punti, intorno ai quali non cade contrasto. Del disputabile ci occuperemo dappoi.

Se oggetto della dote non fu una cosa corporale, ma un *diritto*, non sarà esattamente conforme al tecnico linguaggio romano il domandare se il marito acquisti il *dominio* sovr' esso: perchè è risaputo che il concetto di vera proprietà si applica in diritto romano soltanto alle cose corporali.

Un diritto poi si può in più maniere rendere oggetto di dote. Può trattarsi di un diritto *reale*, può trattarsi di un diritto *in personam*: e la costituzione di dote può farsi consistere nel far sorgere quel dato diritto reale o personale, oppure nel trasmettere al marito un diritto già esistente, od anche nel farlo cessare. Brevi parole a schiarimento di queste diverse configurazioni di casi.

Quand' io a una donna che va a marito voglio costituire una dote, posso per esempio assoggettare per tale titolo ad usufrutto un mio fondo a favor del marito. L' oggetto della dote sarà in tal caso un diritto reale, il *jus ususfructus*, che io stesso faccio sorgere a quel fine. La posizione del marito è allora quella di usufruttuario, per la natura stessa del rapporto che si creò. E così dite se si trattava di un diritto reale già esistente, e che io per titolo di dote trasmetta al marito: si cambia allora il subbietto del diritto, ma questo obbiettivamente rimane qual era. Potrebbe ancora la

dote farsi consistere nella estinzione di un preesistente diritto reale a carico di cosa spettante al marito: nel qual caso il vantaggio che il marito risente è quello di non avere più, durante il conjugio, la proprietà di quella cosa limitata nell'esercizio suo da quel tale diritto reale, ma di averla libera e piena.

È caso di quest'ultimo genere quel che contempla Trifonino nel fr. 78 pr. h. t. Si trattava di donna la quale aveva diritto di usufrutto sovra un fondo di Tizio. Tra l'usufruttuaria e il proprietario si concludon le nozze, e la donna si costituisce in dote quell'usufrutto appunto che le competeva. Quale è l'effetto di tale operazione, domanda il giureconsulto? E risponde che l'effetto è questo: l'usufrutto che apparteneva alla donna intanto si estingue; il marito che prima aveva la proprietà di quel fondo limitata dal diritto reale spettante alla donna, comincia ad esserne proprietario pieno, e tale rimane finchè il matrimonio sussista. Non rimangono in essere due entità giuridiche indipendenti ed autonome — usufrutto, e proprietà — rispetto a quel fondo: ma l'una si compenetra nell'altra, e ne sorge la figura della proprietà piena. Solo a matrimonio disciolto in vita della donna ex-usufruttuaria, solo facendosi luogo alla restituzione della dote, si dovrà di nuovo ricostituire sul fondo quell'usufrutto che per titolo di dote si era fatto cessare. Ho cercato di volgarizzarvi il concetto di Trifonino: ma mi piace di riferirvelo nella sua classica forma: « quum in fundo mariti habens mulier usumfructum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea ususfructus decesserit, maritus tamen non usumfructum habet, sed suo fundo quasi dominus utitur, con-

secutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam ab usufructu; nec est quod non utendo maritus amittat. Divortio autem facto constituet in eodem fundo usumfructum mulieri. »

Invece di un diritto reale, potrebbe l'oggetto della dote essere un diritto personale, un credito. E qui pure possiamo figurare le stesse tre distinte ipotesi; di credito che prenda vita al momento della costituzione di dote: di credito preesistente, il quale venga trasmesso: e di credito preesistente che si faccia cessare.

Se a titolo di dote io prometta una cosa, o una somma al marito, quale è l'oggetto della dote fino a promessa eseguita? È il credito stesso, è questo *jus in personam*, che è sorto al momento della costituzione dotale. Il marito farà di tal credito ciò ch'egli vuole: lo riscuoterà, o no: se gli piace di farne rimessa al promissore, potrà anche fargliela; ben inteso che, venuto poi il momento della restituzione della dote, egli dovrà rispondere della sua negligenza o del suo capriccio, e sarà tenuto come se il credito avesse esatto. Troverete un caso di questo genere nel fr. 49 h. t., di Giuliano. Ve ne riferisco il testo per sè chiarissimo: « vir ab eo, qui uxori ejus dotem facere volebat, certam pecuniam eò nomine stipulatus est, deinde acceptam eam fecit. Quærebatur, essetne ea pecunia in dotem? Respondit, si acceptam non fecisset, et promissor solvendo esse desiisset, quæreremus an culpa mariti ea pecunia exacta non esset: quum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit; perinde enim est, ac si acceperit pecuniam, et eandem promissori donaverit. »

Dite lo stesso se a titolo di dote io faccia al marito una cessione, o una delegazione di un credito mio. Qui pure, fino a credito riscosso, l'oggetto della dote consisterà in questo *nomen* ceduto o delegato. Qui pure il marito incontra quelle responsabilità pel futuro evento della restituzione della dote, che abbiamo testè notate, e di cui per esempio è cenno nel fr. 33 pr. h. t. Ma intanto è egli che ha azione per esigere il credito, L. 2, C. de o. et a.; è egli che ne dispone a piacer suo. Il solo divario tra questa e la precedente ipotesi è, che in questa il credito preesisteva alla costituzione di dote, mentre nell'altra è al momento stesso della costituzione che il credito prende vita.

E in tema di credito preesistente possiamo ancora figurare l'ipotesi che facemmo più sopra in ordine a diritto reale: possiamo cioè figurare il caso che la dote si faccia consistere nella estinzione del credito. Bisogna allora supporre che il credito esistesse a carico del marito, e che appunto per titolo di dote gli si faccia accettilazione. È la ipotesi figurata da Paolo nel fr. 41 § 2 h. t., là dove ci dice, « accepti quoque latione dos constituitur, quum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa. » La dote consiste allora in questa liberazione del marito dal vecchio debito: liberazione che in tanto si mantiene, in quanto il matrimonio persevera (fr. 43 h. t. per tot.): e se il vecchio debito produceva interessi, il marito risente questo vantaggio, che nel risparmio degl'interessi trova quello stesso emolumento che avrebbe negl'interessi del danaro, se in danaro gli si fosse pagata la dote. È puntuale il testo di Trifonino nel fr. 67 h. t. « Si mulier debitori suo,

qui sub usuris debebat, nuptura dotem promississet, quod is sibi deberet, post contractas nuptias secuti temporis usuras non esse dotales, quia illa obligatio tota tolleretur, perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab eo datum esset. »

Ed ora portiamoci col pensiero al di fuori di questi casi. L'oggetto della dote consista in cose corporali. Si tratti per esempio di una somma di danaro, si tratti di una casa o di un fondo che venner dati al marito a titolo di dote, o che a lui promessi o legati pervennero in suo potere. Qui si presenta netto il problema, se durante il conjugio abbia il marito la proprietà di tali cose, o se invece ne abbia solo una specie di usufrutto, e di larga ed estesa amministrazione.

Procediamo qui pure per eliminazione dei casi controversi. Trattasi di cose fungibili? di quelle che i romani esprimono colla formola « quæ pondere, numero, mensura constant? » Niun dubbio che il marito ne diventi proprietario a titolo di dote, salvo l'obbligo che incontra di restituzione dell'altrettanto nei casi e nei termini fissati dalla legge, che noi esamineremo occupandoci del destino della dote a matrimonio disciolto. Quest'obbligo non toglie che egli divenga vero proprietario delle cose fungibili ricevute a titolo di dote, come vero proprietario è colui che le ricevette a mutuo, benchè sia tenuto a restituzione. Del resto, abbiamo in ordine a ciò il testo di Cajo nel fr. 42 h. t., che non potrebb'esser più chiaro: « res in dotem datæ, quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio ejus-

dem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus. »

Lo stesso ha indubbiamente luogo altresì quando oggetto della dote fu una cosa infungibile, per es. una casa, un fondo, ma il marito la ricevette a prezzo di stima, costituendosi debitore del valore, non della cosa, in caso di restituzione. Come nella ipotesi testè fatta di dote consistente in cose fungibili avete, quanto al passaggio della proprietà, un rapporto analogo al mutuo; così in questa avete un rapporto analogo alla compravendita. Gli è come se il marito avesse dal costituente comprata quella casa, o quel fondo pel prezzo X, poi il costituente stesso gli avesse rilasciato quel prezzo a titolo di dote. Non si distinguono materialmente queste due operazioni: « *utilitate conjugendarum actionum* » si confondono in una; ma logicamente si discernono in essa i due momenti; e il marito che ricevette in dote la cosa infungibile, ma la ricevette a prezzo di stima costituendosi debitore del prezzo, non della cosa, pel futuro evento di restituzione della dote, acquista certamente di quella cosa il dominio, se il costituente ne era proprietario, od è messo *in facultate usucapiendi* se l'ebbe in buona fede da chi proprietario non era. Anche qui esplicito è il testo nella L. 5 C. h. t.: « *quoties res aestimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus summæ velut pretii debitor efficitur.* »

La ricerca adunque, se il marito acquisti o no il dominio delle cose ricevute in dote, rimane circoscritta alla ipotesi che si tratti di cose infungibili, e date non a prezzo di stima: che si tratti cioè di quella che si suol chiamare dote *qualitativa*. E qui, o Signori, il dis-

senso tra gl' Interpreti del Diritto Romano è dei più pronunziati, e sorto fin dall' epoca dei Glossatori si mantiene vivo e costante nelle moderne scuole. Non vorrei però che a tale dissenso attribuiste un' importanza maggiore di quella che esso ha realmente. E mi spiego.

Vi sono certi effetti della costituzione di dote, vi sono certi diritti attribuiti al marito, perchè la dote risponda finchè dura il conjugio allo scopo di ajutarlo *ad onera matrimonii sustinenda*, che sono ammessi da tutti gli Interpreti, qualunque sia la scuola cui appartengono. Nè potrebb' esser diverso, dal momento che quegli effetti o promanano dall' indicato scopo della dote, o sono esplicitamente sanzionati dal testo.

Così, per esempio, il dritto di amministrare le *res dotales*, il dritto di far proprii i frutti naturali o civili che se ne possono trarre, è fuor di questione per tutti. Già, senza di esso in che consisterebbe l' ajuto dato al marito? Poi: non dice forse Ulpiano nel fr. 6 pr. h. t.: « *dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit: quum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus dotis percipere?* » Non ripete la L. 20 C. eod.: « *pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus totius dotis esse quos ipse cœpit..... manifestissimi juris est?* »

E così ancora: se la *res dotalis* per accessione si aumenta, « *si quid alluvione accessisset,* » come figura il fr. 4 h. t., il marito godrà di questa accessione quale « *incrementum dotis,* » non altrimenti che della dote primitiva. E se Ulpiano dice nel fr. 10 § 1 eod, che « *si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est:* » ciò non implica punto contraddizione a quanto

Paolo scrisse nel fr. 4, ma accenna al *quid restituendum* quando, sciolto il matrimonio, si farà luogo alla restituzione della dote.

Uguualmente, anche quelli che sostengono avere il marito durante il conjugio la proprietà delle cose dotali non ammettono in lui una sfrenata libertà *utendi et abutendi*: lo vogliono anzi responsabile non pure del dolo, ma ancora della colpa, nel senso che se quelle cose sono perite o deteriorate per colpa sua, egli sarà responsabile dei danni quando sia giunto il momento della restituzione. Ciò non contraddice già al concetto della proprietà delle cose dotali risedente nel marito: è invece conseguenza dell'essere egli un *debitor speciei*, quando trattasi di dote qualitativa. Qui pure son chiarissimi i testi. « In rebus dotalibus (dice Paolo nel fr. 17 pr. h. t.) virum præstare oportet *tam dolum quam culpam*, quia causa sua dotem accipit: sed etiam *diligentiam* præstabit quam in suis rebus exhibet. » E Giavoleno dopo avere ripetuto lo stesso insegnamento nel fr. 66 pr. sol. matr. 24, 3, riferisce la sentenza di Publio Mucio che rispose dovere l'erede di Gracco rifondere alla vedova Licinia i danni sofferti dalle *res dotales* nella sedizione in cui Gracco perì, appunto perchè quel giureconsulto del partito aristocratico considerava Gracco come imputabile del fatto danneggiante: « ea sententia Publii Mucii est; nam is in Licinia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat periissent, ait, *quia Gracchi culpa ea seditio facta esset; Liciniæ præstari oportere.* »

Così per converso, anche quelli che negano avere il marito la proprietà vera delle cose dotali durante il

conjugio, non possono tuttavia disconoscere che se sono detenute da terzi egli possa ricuperarle coll' *actio vindicatoria*. Ciò forma per verità un grave ostacolo alla loro opinione, essendo ben difficile conciliare la competenza della *vindicatio*, colla negata qualità di proprietario: sicchè poi son costretti o a dire col *Donello*¹ che il marito è « *dominus dotis* non simpliciter, sed modo quodam et ex parte, nempe vindicatione tenus, et fruendi potestate: » o a ricorrere col *Cujaccio*² alla distinzione di dominio *vero*, e di dominio *fittizio*, « *mulier jure naturali est domina dotis, maritus fictione juris civilis: duo igitur dotis domini: unus verus, alter fictitius, ut alibi unus bonitarius, alter quiritarius.* » Tutti però riconoscono che al marito compete la *vindicatoria* rispetto alle cose dotali; e sarebbe vano negarlo in presenza della L. 11 C. h. t., e del fr. 24 de act. rer. am. 25, 2 che la concede al marito per fino « *adversus mulierem,* » e del fr. 3 § 1 de publ. in rem. act. 6, 2, che riguarda come giustissima base della *publiciana* « (*est enim justissima causa*) » l'essere stata al marito « *dotis nomine tradita res, necdum usucapta, et sive aestimata res in dotem data sit, sive non.* »

La disputa adunque non ha tanto un interesse pratico, perchè in sostanza e gli uni e gli altri, quelli cioè che ammettono, e quelli che negano al marito la proprietà delle *res dotales* durante il conjugio, sono concordi nel riconoscere quegli effetti giuridici e quei diritti che il testo gli garantisce; quanto un interesse teorico, e direi quasi di tecnicismo legale.

¹ De Iur. Civ. Lib. XIV c. 4, n. 12.

² Obs. X, 32.

Or bene, o Signori: riterremo noi dunque che il marito sia proprietario delle *res dotales* durante il conjugio? o negheremo a lui il *dominium*?

Sono tanti e così espliciti i testi, i quali riconoscono nel marito il dominio delle cose dotali, che ci vediamo obbligati a dare risposta affermativa alla formolata domanda. Ne trascelgo qualcuno.

Ulpiano nel fr. 7 § 3 h. t. parla di cose date a titolo di dote, e figura il caso che si diano a matrimonio già contratto, o a matrimonio da farsi. Udite come si esprime nell' un caso: « *fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur.* » E nell' altro? « *quid ergo si ante matrimonium?* » Bisognerà vedere, esso dice, se si danno con effetto risolutivo, o sospensivo: nella prima ipotesi « *statim ejus efficiuntur;* » nella seconda « *sine dubio dicemus tunc ejus fieri, quum nuptiæ fuerint secutæ.* » Or questo « *fieri res mariti* » che altro appunto significa, se non l' acquisto del dominio?

Ancora d' Ulpiano è il fr. 9 h. t., il cui § 1 fa egregiamente al caso nostro. Ecco la specie che il giureconsulto contempla. Ho dato a taluno alcune cose « *ut nuptiis secutis dotis efficiantur.* » Muojo prima che seguan le nozze: e queste poi si contraggono. *Quid juris* di quelle cose? « *an secutis nuptiis dotis esse incipiant?* » Ulpiano mette innanzi una ragione di dubitare. Dal momento, egli dice, che la consegna si era fatta sotto condizione sospensiva, e che quindi il dominio non era ancora passato nel ricevente, potrebbe sostenersi che a rigor di diritto ci voglia un fatto dell' erede per trasmetterlo, essendochè la condizione si è verificata

dopo la morte del *tradens*: « et vereor ne non possint in dominio ejus effici, cui datæ sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, et quum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo, fatendum est. » Ma tosto soggiunge, « sed benignius est, favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit; » e se anche l'erede non voglia, o per assenza non possa, s'intenderà il dominio passato di pien diritto al marito: « aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata. » Che si vuole di più esplicito per dire che durante il coniugio risiede presso il marito il dominio delle cose dotali?

E per non moltiplicare di soverchio le citazioni, una concludentissima prova della nostra proposizione ci viene somministrata da uno di que' punti che studiammo nella riunione passata. Alludo alla Legge Giulia che vietò l'alienazione del fondo dotale. Benissimo il *Savigny*:¹ « se il diritto positivo, se la legge Giulia proibisce al marito di alienare gl'immobili dotali, la possibilità e la necessità di questo divieto è la migliore prova della sua proprietà. » È il caso di dire « *privatio supponit habitum*. » Aggiungete le non equivoche espressioni adoperate dal testo in questo proposito. Nel fr. 13 § 2 de fundo dot. 23, 5, Ulpiano, parlando della legge Giulia, dice: « dotale prædium sic accipimus, quum dominium marito quæsitum est: ut tunc demum alienatio prohi-

¹ Tr. de Dr. Rom., trad. *Guenoux*, § 72.

beatur. » Cajo, J. II, 63, dandoci conto di quella legge, esordisce dicendo che « *accidit aliquando ut qui dominus sit alienandæ rei potestatem non habeat.* » E Giustiniano, riproducendone nelle sue Istituta (pr. II, 8) il dettato, si esprime egli pure in maniera da far comprendere che anche a sua mente proprietario delle cose dotali, durante il conjugio, è il marito: « *dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum.* »

Ma così stando le cose, come va egli (mi domanderete) che questione può farsi? come va egli che la disputa sorse, e si mantiene viva?

Ciò è dipeso da talune frasi che in certi testi s'incontrano, le quali sembrano accennare a un diritto di proprietà della moglie sui beni dotali, durante il conjugio. Così per esempio nel fr. 3 § 5 de min. 4, 4 è detto che alla figliafamiglia minore, che abbia sofferto lesione nella costituzione della dote, si concederà la *in integrum restitutio* « *quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est.* » Così nel fr. 75 h. t. troviamo scritto « *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* » E Giustiniano nella L. 30 C. h. t. laddove accorda alla donna il diritto di rivendicare a matrimonio disciolto le cose dotali « *sive æstimatæ sive inæstimatæ sint,* » che ancor si trovino nel patrimonio del marito, « *si tamen exstant,* » si esprime in questi termini: « *quum eædem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio.* Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. » È specialmente in base di quest' ultimà legge che Cujaccio

mette innanzi quella distinzione che sopra vedemmo, di *dominium verum et naturale*, e di *dominium fictum*: e che Voet attribuisce al marito l'*exercitium proprietatis* e la *proprietatem quiescentem* alla moglie;¹ concetto analogo a quello espresso così da Merlin,² « la propriété de la femme dort, pour ainsi dire, et repose entre les mains du mari pendant le mariage. »

Ma sebbene a me pure un dì sorridesse questa teorica,³ debbo confessare che più non mi soddisfa, specialmente dopo aver meditato le acute osservazioni del Maynz,⁴ il quale perfettamente dimostra, come quei testi delle Pandette null'altro in sostanza esprimano che questa idea, — avere la donna un diritto eventuale alla restituzione della dote, diritto che fa parte del suo patrimonio: come la frase usata da Giustiniano non sia della più severa correttezza, e a null'altro alluda in fondo che all'antico *privilegium exigendi*, cui l'imperatore volle dare un'energia più grande, considerando la donna come avente acquistata *ipso jure* la proprietà delle cose dotali al momento in cui nasce per essa il diritto di chiederne la restituzione: come in fine sia inammissibile l'idea di un *dominium dormiens* o *quiescens*, non meno dell'idea di un *condominium plurium in solidum*.⁵ Per le quali considerazioni, e per

¹ Ad Pand. XXIII, 3, n. 19.

² Rép. de Jurispr. art. Dot, § 7 n. 2.

³ Synopsis Præl. Iur. Civ. § 17 (1858).

⁴ Cours de Dr. Rom. § 395 Observ. e § 396 nota 42; vid et § 178.

⁵ Vid. et Savigny Tr. de Dr. Rom. § 72. — Serafini ad Arndts Pand. § 404 nota 1. — Schupfer la Fam. secondo il Dir. Rom. pag. 327 e seguente.

quei chiari, indiscutibili testi che più sopra vedemmo, concludo aversi a ritenere che durante il conjugio il marito a termini del diritto romano ha la proprietà delle cose dotali.

Abbiamo compito lo studio del destino della dote durante il conjugio. Nella riunione ventura studieremo il destino di essa a matrimonio disciolto.

LEZIONE XVI.

[25 Gennaio 1881]

DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote a matrimonio disciolto. — Periodo dell'epoca classica del gius romano.

(Dig. 24. 3 soluto matrimonio dos quem. pet. Cod. 5, 18. Ulpiano Fragg. titolo 6).

Quale è il destino della dote a matrimonio disciolto? Dirò meglio: quale fu desso all'epoca della classica giurisprudenza? quali variazioni ha recato alle vecchie regole il posteriore diritto romano, e specialmente il diritto giustiniano? È il tema che va a completare lo studio che abbiamo intrapreso di questo istituto della dote: è il tema a cui oggi chiamo, o Signori, la vostra attenzione.

Nei *Fragmenta del Liber singularis Regularum* di Ulpiano voi trovate un titolo, il 6°, in cui appunto questo soggetto è trattato a modo di sintesi, e descritto nelle sue linee somme. Credo che nulla di meglio io abbia a fare in questo proposito, che dichiararvi il testo di Ulpiano, collegandolo con quei frammenti qua e colà sparsi nelle Pandette, che possono servirgli d'illustrazione e commento. Ciò vi darà, io spero, un'esatta idea delle vecchie regole che davan norma al destino della dote a

matrimonio disciolto. Passerem poscia in rivista le modificazioni successive.

Il titolo si apre con quella enumerazione dei modi di costituire la dote « *datio, dictio, promissio*, » e con quella distinzione della dote « *profectitia, adventitia*, » di cui a lungo vi intratenni in precedenti riunioni. Poi al § 4 comincia la trattazione del nostro tema.

Prima ipotesi configurata da Ulpiano è che il matrimonio siasi disciolto per morte della donna, e che si tratti di dote profettizia. Quale ne era il destino? questo. Od era già morto il padre che aveva costituita la dote, e questa rimaneva intera presso il marito, che quindi non era tenuto a restituzione alcuna. O il costituente ancor viveva, e a lui la dote profettizia doveva fare ritorno, quasi (dice Pomponio nel fr. 6 de j. d. 23, 3) a conforto del suo dolore per la figlia perduta, « *ut filia amissa solatii loco cederet...., ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret*. » Però se da quel matrimonio eran nati figliuoli, i quali si trovassero ancora superstiti, vollero i Romani che della dote profettizia restasse presso il marito un quinto per ciascun figlio: nè senza ragione, perchè in presenza di prole, a cui il padre dee pur provvedere, non possono dirsi cessati quegli *onera matrimonii* a sollievo de' quali era destinata la dote. Per cotale riserva poteva dunque accadere, che tutta intera la dote profettizia rimanesse al marito, se i figli fossero cinque o più. Ecco le parole di Ulpiano che riassumono in stringata formula il fin qui detto: « *mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet*. »

Nel successivo § 5 si contempla il caso di dote avventizia. Che ne avverrà, quando il matrimonio rimanga disciolto per morte della donna? Ulpiano risponde, che in tal caso la dote rimane sempre al marito, a meno che colui il quale la costituì si sia fatto promettere che la dote sarebbe a lui restituita. Un cotal patto di riverisione era consentito nella costituzione di dote: ed a ragione era consentito, perchè (come dice Paolo nel fr. 20 § 1 de pact. dot. 23, 4) quegli che non obbligato costituisce una dote « *legem suæ rei dicit.* » L'avventizia accompagnata da questa convenzione di riverisione aveva anzi un proprio nome nel linguaggio delle fonti: chiamavasi *dos receptitia*. Tutto questo appare dal citato § 5: « *adventitia autem dos semper penes maritum remanet, præter quam si is qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuit: quæ dos specialiter receptitia dicitur.* »

Di questo rimanere per antico diritto la dote avventizia al marito, abbiamo indiretta conferma in un passo di Valerio Massimo (VII, 7 § 4), che piacemi di farvi notare. Trattavasi di certa Septicia, madre dei Tracali di Rimini, che malamente sdegnata verso i figli, ed essendo già pervenuta ad età in cui altra prole non avrebbe potuto avere, si maritò a un vecchio, certo Publicio, e a lui per testamento lasciò tutte le sue sostanze. Sopra ricorso dei figli, l'imperatore Augusto « *nuptias mulieris et suprema judicia improbavit:* » ordinò quindi, che, non ostante il testamento, i figli si avessero l'eredità della madre « *hereditatem maternam filios habere jussit;* » e non volle che il marito ritenesse la dote, « *dotem, quia non creandorum liberorum*

causa conjugium intercesserat, virum retinere vetuit. » Se l'equità stessa in persona avesse dovuto giudicare, dice Valerio che non avrebbe potuto dare responso migliore: « si ipsa æquitas hac de re cognosceret, potuitne justius aut gravius pronuntiare? » E rivoltosi alla memoria della donna, con epifonema sdegnoso la interpella così: « spernis quos genuisti, nubis effeta, testamenti ordinem violento animo confundis, neque erubescis ei totum patrimonium addicere, cujus pollincto jam corpori marcidam senectutem tuam substravisti: ergo dum sic geris ad inferos usque cælesti fulmine adflata es. » Come vedete, fu in via di pena che Publicio venne privato della dote avventizia. Vuol dire adunque che in via di regola, e senza le speciali circostanze che ispirarono quel provvedimento di Augusto, la dote avventizia sarebbe per la morte della donna rimasta al marito: « adventicia dos (secondo la frase d'Ulpiano) semper penes maritum remanet. »

Ma il matrimonio non siasi sciolto per morte della donna: sia invece stato il divorzio (prosegue Ulpiano nel § 6) che abbia troncato le nozze: o (soggiungerem noi) siansi queste disciolte per morte del marito. Quale era in tal caso il destino della dote? Questo: essa doveva essere restituita, senza distinzione di dote profetizia od avventizia: ed era la donna stessa, se *sui juris*, che aveva azione per compulsare alla restituzione il marito, o gli eredi di lui: e se soggetta alla podestà del padre, l'azione a lui competeva, ma doveva esercitarla d'accordo colla figlia. « Divortio facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet rei uxoriæ actionem, id est dotis repetitionem: quodsi in potestate patris sit, pater

adjuncta filiae persona habet actionem; nec interest adventicia sit dos, an profecticia. » Morta però dopo il divorzio la donna, non si sarebbe trasmessa al suo erede la relativa azione, se non quando il marito fosse incorso in mora: così il § 7, « *post divortium defuncta muliere heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.* »

Fermatevi alquanto, o Signori, su questa competenza dell'azione, per restituzione di dote, al padre, ma *adjuncta filiae persona*. Vi ho spiegata la frase di Ulpiano così: il padre aveva l'azione, ma doveva esercitarla d'accordo colla figlia. E questo significato ha la sua riprova in varii testi. Così lo stesso Ulpiano nel fr. 2 § 1 h. t. ci dice che anche la restituzione della dote profettizia « *pater non aliter quam ex voluntate filiae petere..... potest:* » volontà che può bene esser tacita, come Antonino rescrisse (cit. fr. § 2), « *filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri,* » ma che si richiede pur sempre. Così se in altri luoghi, per es. nel fr. 22, ci vengono indicati casi eccezionali in cui o al padre è dato di promuovere l'azione senza il consenso della figlia, o a questa stessa si concede di promuoverla invece del padre suo, l'eccezionalità stessa della concessione conferma che di regola l'*actio* compete al padre, il quale deve promuoverla d'accordo colla figlia sua. Potete vedere altresì come concordanti i fr. 3 e 34, e le ll. 2 e 7 C. h. t. E la dote così recuperata dee conservarsi, quasi patrimonio proprio della figlia. « *ne acceptam dotem consumat,* » dice il citato fr. 22 § 6: anzi sta in ciò e la ragione del richiesto concorso della figlia nel dar moto all'azione, e del concedersi in certi casi

alla figlia stessa l'esercizio dell'azione indipendentemente dal padre suo: « ideoque (è scritto nel luogo ultimamente citato, che contempla appunto uno di questi casi eccezionali) ideoque officium iudicis interponendum est, quatenus et filiae et patri competenter consulatur. »

Facendosi luogo alla restituzione della dote era concesso al marito un termine di respiro, o doveva egli subito adempiere a total obbligo? Ci dice Ulpiano nel § 8 del testq che stiamo studiando, aversi in tale proposito a distinguere non già se la dote sia profettizia o avventizia, ma sì invece se sia quantitativa, o qualitativa. Quest'ultima doveva subito essere restituita, appena verificato il *casus restitutionis*: la prima aveva tre termini di pagamento, si divideva cioè in tre rate, delle quali ciascuna dovea pagarsi d'anno in anno; era ciò che si esprimeva colla formola « *annua, bima, trima die*; » ben inteso che anche rispetto alla dote quantitativa sarebbesi potuto pattuirne la restituzione immediata. « *Dos, si pondere, numero, mensura continetur, annua, bima, trima, die redditur; nisi si ut praeseus reddatur convenerit: reliquæ dotes statim redduntur.* » Allude a questi termini di scadenza Cicerone in quel noto passo della Ep. 18 lib. 6 ad Fam., ove dice che a Roma fu trattenuto dal parto di sua figlia Tullia, e che ancora per poco deve restarvi a fine di riscuotere dai procuratori del genero Dolabella la prima rata della dote che questi dopo il divorzio doveva restituire: « *me Romæ tenet omnino Tulliae meae partus. Sed quum ea, quemadmodum spero, satis firma sit, teneor tamen, dum a Dolabellæ procuratoribus exigam primam pen-*

sionem; et mehercule non tam sum peregrinator jam quam solebam. »

Ma il marito aveva egli mai delle ritenzioni a fare sulla dote restituenda? delle ragioni da far valere per restituire meno della integralità della dote? Sì, ne poteva avere: ed è di tali *retentiones* che Ulpiano si occupa nella parte rimanente del titolo a cominciare dal § 9.

Cinque potevano essere le cause, o i titoli di tali *retentiones*. Ci vengono descritte così nel citato § 9: « *retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.* »

Nei successivi §§ Ulpiano ci dà importanti notizie quanto alle tre prime categorie di queste cause. Ma il titolo finisce senza aggiungere parola delle ultime due. Facile però è il comprendere a che si riferiscano. Stabilita la revocabilità della *donationes inter virum et uxorem*, accordata al donante la *condictio* per ripetere il donato, è chiaro che se il marito avea fatto donazione di 100 alla moglie, e il patrimonio di costei fosse di tanto accresciuto al momento in cui egli si trovava, mettiamo, debitore di 200 per titolo di dote, egli avrebbe avuto diritto di trattenersi quei 100 nel restituire la dote. Non è egli evidente che chi ha azione a ripetere, molto più ha diritto di ritenere? E così, non si fosse trattato di donazione: si fosse invece trattato di sottrazioni fatte dalla moglie al patrimonio del marito: si fosse cioè trattato di uno di quegli atti che posti da un estraneo avrebber dato luogo all'*actio furti*. Voi sapete che i Romani, per rispetto alla dignità del rap-

porto matrimoniale, non permettevano all'un de' congiugi di esercitare verso l'altro un'azione infamante fr. 2 de a. r. am. 52 2, « nam in honorem matrimonii turpis actio in uxorem negatur. » — Ma al tempo stesso non si poteva lasciare impunito un simile fatto. Concedevano adunque azione; ma invece dell'*actio furti* introdussero a tal fine l'*actio rerum amotarum*, come in altri casi all'*actio de dolo* surrogarono un'*actio in factum*. Era l'azione stessa ammantata di più decente veste. Ebbene: se il marito che dovea 200 a titolo di dote, si trovava creditore di 100 a titolo *rerum amotarum*, poteva questi 100 trattenersi al momento della restituzione. Era anche questa un'applicazione del noto adagio: « cui competit actio, eidem multo magis competit exceptio. » Ciò notato in ordine a questi due titoli di ritenzione, vediamo ora quel che Ulpiano ci ricorda rispetto agli altri tre, voglio dire *propter liberos*, *propter mores*, *propter impensas*.

Propter liberos, già lo vedemmo, avea luogo una ritenzione trattandosi di matrimonio disciolto per morte della donna, e di dote profettizia da restituirsi al padre. La ritenzione era del quinto per ciascun figlio superstite, e potea quindi, se cinque o più erano i figli, assorbire tutta la dote. Ma non è questa la ritenzione di cui qui parla Ulpiano. Egli parla invece di quella ritenzione *propter liberos* che era accordata al marito se il matrimonio veniva disciolto per divorzio la cui causa s'avesse da attribuire a colpa della donna o del padre di lei. Fosse in tal caso profettizia od avventizia la dote, il marito poteva ritenersene un sesto per ciascun figlio: ma questa facoltà di ritenzione non andava mai oltre

ai tre sestii, cioè oltre alla metà della dote. « Propter liberos retentio fit (così il § 10) si culpa mulieris, aut patris cujus in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextæ retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. »

A questo passo ne segue un altro che ha dato luogo a molte controversie, e di lettura, e di significato. Alcune edizioni non fanno terminare il § alle parole « non plures tamen quam tres, » ma aggiungon queste altre « non plures tam quam tres sextæ in retentione sunt, non in petitione. » Ciò vorrebbe dire, che se il marito avesse restituita intera la dote, non avrebbe più potuto far valere a mezzo di *actio* o *petitio* quel diritto alle *sextæ propter liberos* pel quale gli competeva la *retentio*. *Schulting*¹ a questo punto nota: « Facilius retinemus quod habemus, uti per varia exempla docet *Cujacius* Observ. lib. 18 cap. 10. » Altre edizioni invece sopprimono dal § 10 quelle parole, e le riportano modificate nel principio del § 11, leggendo quest' ultimo § così: « sextarum retentione, si matrimonium repetitum sit, dos, quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.² » Quale sarebbe il senso? Assai dubbia è la cosa: dubbia tanto, che *Maynz* non si perita di dire *inexplicable* il testo d' Ulpiano.³ Però *Hugo*⁴ ha suggerita una spiegazione che mi sembra plausibile, sebbene il *Maynz* la ravvisi *hasardée et peu convaincante*. Il passo d' Ulpiano vorrebbe dir questo: —

¹ Iurispr. Antej. ad cit. 1 Ulp. nota 24.

² *Huschke* Jur. Antej. Lipsiæ 1874.

³ Cours de Dr. Rom. § 405 nota 21.

⁴ Storia del Dr. Rom., passo citato dal *Maynz* d. loc.

se la dote è già stata decurtata per ritenzione *propter liberos*, non può più assoggettarsi ad altra ritenzione, a meno che si tratti di matrimonio nuovo. — I §§ 106 e 107 dei *Fragm. Vat.* possono servire di appoggio a tale interpretazione.

La ritenzione *propter mores*, di cui parla Ulpiano nel successivo § 12, avea luogo come pena della donna che col suo colpevole contegno diede causa al divorzio. Si distinguevano a tale proposito le colpe gravi dalle leggieri. Per quelle, che si riassumevano poi nell'adulterio, era al marito accordata la ritenzione del sesto: per l'altre di un ottavo della dote. « *Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur: leviorum autem octava; graviores mores sunt adulteria tantum; leviores omnes reliqui.* » Altre edizioni portano in vero « *sextæ retinentur,* » e all'*Huschke* piace questa lezione. Anzi egli osserva che se non si ammettesse la possibile moltiplicazione del sesto si avrebbe troppo lieve sproporzione tra la pena dei *mores graviores* e quella dei *leviores*.¹ Ma mi sembra difficile lo ammettere cotale moltiplica, dal momento che per *mores graviores* s'intendeva il solo adulterio: e checchè sia della rimarcata sproporzione non credo s'abbia ad abbandonar la lezione che anche *Cujaccio*² difende.

E se il marito fosse stato colpevole? Nel § 13 Ulpiano ci dice a quale pena pecuniaria andava soggetto. Se la colpa era grave, se si trattava di *maiores mores*, e omai sappiamo che questa frase in questo luogo si-

¹ Ad cit. § 12 nota 3.

² Obs. XIX 30.

gnifica l'adulterio, la pena si faceva consistere nel costringere il marito a restituir subito quella dote che di regola avrebbe dovuto restituire in tre rate annuali. E se si trattava di minori colpe, queste dilazioni non si cancellavan del tutto, ma si riducevano: invece delle tre rate annuali, non gli si accordava che un semestre. Siccome poi queste dilazioni non avean luogo rispetto alla dote non consistente in quantità di cose fungibili, così per non lasciare in tal caso impunita la colpa del marito, lo si addebitava di una somma di frutti congruagliata alla dilazione triennale. « Mariti mores (son parole di Ulpiano) in ea quidem dote quæ annua die reddi debet ita, ut propter majores mores præsentem dotem reddat, propter minores senum mensum die; in ea autem quæ præsens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quæ triennio redditur repræsentatio facit. »

Ultimo titolo di ritenzione è quello *propter impensas*. Nei §§ 14 e 17, che chiudono il titolo 6° dei *Fragmenta* di Ulpiano, si accenna alla ben nota distinzione delle spese in *necessarie*, *utili*, e di *lusso*: « impensarum species sunt tres: aut enim necessariæ dicuntur, aut utiles, aut voluptuosæ. » Poi di ciascuna di queste tre specie si danno le definizioni, e si arrecano esempi che ne chiariscono il concetto. *Necessarie* son quelle (la stessa parola lo dice), non fatte le quali la *res dotalis* sarebbe o deteriorata o perita: « necessariæ sunt impensæ, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas ædes refecerit. » *Utili*, quelle che resero la *res dotalis* produttiva di maggiori frutti: « utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem

fructuosior effecta est, veluti si vir vineta et oliveta fecerit. » *Di lusso* quelle che non presentano nè l'uno nè l'altro di questi elementi, ma solo servirono a rendere più bella, o più piacevole la cosa: « voluptuosæ sunt, quibus neque ommissis deterior dos fuerit, neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similibusque rebus. »

Qui finisce il titolo: ma come vedete, non è detto poi di quali spese abbia dritto il marito di fare la ritenzione. Bisogna a quel che manca nel frammento supplire colle norme che ci vengono date dal titolo delle Pandette « de impensis in res dotales factis » che è il primo del lib. 25 e la cui sintesi è questa: — diritto di ritenzione per le necessarie: uguale dritto per le utili, fino a concorrenza del miglioramento arrecato alla cosa: *jus tollendi* rispetto alla *voluptariæ*, se ed in quanto le cose aggiunte possano togliersi senza recar nocumento alla *res dotalis* quale doveva essere restituita. Quanto però alle necessarie non bisogna dimenticare la distinzione di Nerazio, che appare dal fr. 15 e 16 d. tit., e cioè che il marito ha bensì diritto a ritenzione di quelle spese che ei sostenne per la conservazione della cosa minacciata da straordinarii eventi, non già di quelle ch'ei fece per l'ordinaria tutela: « nam tueri res dotales vir suo sumtu debet, alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, quam quævis modica ædificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura dotem minuent, omnia enim hæc in specie necessariarum impensarum sunt. »

Del resto avvertite che la *retentio*, per l'uno o per l'altro titolo, non si esercita sempre in una stessa ma-

niera. Bisogna anche qui distinguere la dote consistente in quantità, da quella che consiste in *res certa*. Per quest'ultima non vi è altra maniera che quella della vera e propria ritenzione della *res dotalis*, finchè sia stato soddisfatto il marito di quel credito suo o *propter mores*, o *propter liberos*, o *propter impensas* etc. Egli allora si trattiene la cosa a guarentigia del credito suo: « manebit igitur maritus (Ulp. fr. 5 pr. de imp. in rem. dot. fact.) donec ei satisfiat, non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio. » Per la dote quantitativa invece il marito farà la ritenzione, restituendo tanto di meno, quanto è l'importo del credito suo per uno dei titoli menzionati: « ubi non sunt corpora, sed pecunia..... ratio admittit diminutionem ipso jure fieri. »

Non voglio lasciar questo tema, senza farvi notare in ultimo luogo che al marito convenuto per restituzione della dote, veniva accordato (ben inteso se non versava in dolo) il così detto *beneficium competentiae*, come risulta da molti frammenti del titolo *solutio matrimonii*. « Maritum (così Ulpiano nel fr. 12) in id quod facere potest condemnari exploratum est: » beneficio codesto che, come Paolo soggiunge nel successivo frammento, era tutto personale, nè si trasmetteva all'erede « quia tale beneficium personale est, et cum persona extinguitur. »

Abbiamo visto, o Signori, qual fosse a termini del diritto classico romano il destino della dote a matrimonio disciolto. Nella prossima riunione, a compimento del tema, esamineremo le modificazioni introdotte dal dritto posteriore, e specialmente dal giustiniano.

LEZIONE XVII.

[27 Gennaio 1881]

DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote a matrimonio disciolto. — Diritto giustiniano. (L. un. C. de rei ux. act. 5, 13).

Se parecchie tra le regole, che davan norma al destino della dote a matrimonio disciolto, rimasero ferme anche in diritto nuovo giustiniano, parecchie altre subirono importanti modificazioni. Trattasi ora di renderci conto di questo movimento legislativo. Come pel dritto classico il più importante testo è quello di Ulpiano, titolo 6 dei *Fragmenta*, che vi esposi e commentai nella riunione passata; così pel dritto nuovo il testo che più interessa è la celebre costituzione di Giustiniiano, dell'anno 530, che comincia « *rem in præsenti* » e che figura nel Codice come legge unica del titolo « *de rei uxoriæ actione*, 5, 13. » Percorriamo rapidamente, o Signori, le regole tenute ferme, e le variate: daremo così compimento allo studio del tema che ci siamo proposti.

Figuriamo per primo il caso di matrimonio disciolto per morte della donna. *Quid juris* della dote?

Se questa ha natura di *receptitia*, se cioè il costituente stipulò a suo vantaggio la riverzione, fermo ri-

mane l'antico dettato, che cioè a lui deve essere restituita la dote in forza di cotal convenzione. Chiara ne è la ragione giustificativa. Quando chi non era obbligato a costituire la dote si determina a farlo, compie un atto generoso che egli può estendere fin dove vuole, ma che può ancora limitare a piacere, purchè non offenda le leggi di ordine pubblico, o la natura propria del rapporto giuridico che vuole costituire. Un patto di riversione della dote a matrimonio disciolto è certamente tal cosa che non cade in questi difetti. Deve dunque essere mantenuto: e il dritto nuovo non ha cambiato in questa parte l'antico diritto: la *dos receptitia* seguita ad essere riconosciuta: possiamo anche in dritto giustiniano ripetere quel che Paolo scrisse nel fr. 20 § 1 de pact. dot. 23, 4, « si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci, et ignorante muliere, sicut et stipulari potest: legem enim suæ rei dicit. »

Ma se si tratta di dote *avventizia* semplice, voglio dire di dote avventizia non accompagnata da patto di riversione, potete subito cominciare a notare la differenza tra il dritto antico e il nuovo. Ricordate qual'era la vecchia regola accennata da Ulpiano: « mortua in matrimonio muliere..... *adventicia dos semper penes maritum remanet.* » Ora sentite ciò che stabilì Giustiniano nel § 6 della citata legge unica C. de rei ux. act.: « si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed *ad mulieris heredes* ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur. » Quelle parole « *nisi ex quibusdam pactionibus* » accennano evidentemente al tenersi fermo l'antico diritto per quel che riguarda la

dos receptitia. Ma per l'avventizia semplice il diritto s'immuta: non più *apud maritum dos remanet*, ma *ad mulieris heredes* si trasmette l'azione per ottenerne la restituzione dal marito. Non vi faccia senso il vedere qui cotale azione chiamata *ex stipulatu*. Così la qualifica Giustiniano, perchè nella stessa legge all'antica *actio rei uxoriæ* avente per oggetto la restituzione della dote surrogò l'*actio ex stipulatu*, anche pei casi in cui non si fosse conclusa stipulazione, stabilendo che per tutti gli effetti legali si fingesse essere stipulazione intervenuta: « *rei uxoriæ itaque actione sublata sancimus* (così appunto disse) *omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta.* » Alla quale azione però volle conservata l'indole di *actio bonæ fidei*, quell'indole cioè che aveva l'*actio rei uxoriæ*, e che non sarebbe propria della *ex stipulatu*. Laonde nel § 5: leggiamo: « *etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam..... tamen accomodetur ei a natura rei uxoriæ etiam bonæ fidei beneficium.* »

Ma se la donna che morì durante il conjugio era fornita di dote *profettizia*, che accadrà di questa? Conoscete l'antica regola per quanto vi esposi nella passata lezione. O il padre costituente era già morto, e la dote restava al marito: « *si pater non sit, apud maritum remanet,* » ci disse Ulpiano. O il padre ancor viveva, e a lui la dote faceva ritorno, « *ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret,* » accordata però al marito la ritenzione di un quinto per ciascun figlio superstite, « *quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum.* »

Or bene, o Signori: queste regole subirono modificazione radicale per la costituzione giustiniana.

E innanzi tutto, premorto il padre costituente, e sciolto il matrimonio per morte della donna, non più il marito potè lucrare la dote profettizia, ma questa si trasmise agli eredi della donna. Appare già dalle parole che più sopra vi ho riferite del § 6, « si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat...., sed ad mulieris heredes transmittatur, » e che nella loro generalità comprendono non meno la dote profettizia che l'avventizia: appare altresì da quest'altre parole del § 4: « maneat ex stipulatu actionis jus ad successores, et sine mora transmissionis incorruptum. »

Poi, pel caso che il padre costituente fosse ancora superstite, si tenne ferma la regola che stabiliva dovere a lui ritornare la dote « dos a patre profecta ad patrem revertitur; » ma Giustiniano non accordò più al marito quella ritenzione dei quinti che il vecchio dritto gli concedeva in vista della prole, e che se i figli erano cinque o più poteva giungere fino all'assorbimento di tutta intera la dote. « Sileat (egli disse nel § 5) ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur. »

Però in ordine a questo punto non debbo omettere di farvi notare la grave disputa che rimonta fino all'epoca dei glossatori, anzi dei quattro celebri antichi Dottori bolognesi: l'un de' quali, Bulgaro, quello stesso che in un noto distico fu detto *os aureum*, insegnava appunto quel che ora vi ho esposto, e cioè che la dote profettizia, morta in matrimonio la figlia, doveva dal marito restituirsi al padre, vi fossero o non vi fossero

figli superstiti del matrimonio: mentre un altro, Martino, quegli che è qualificato di *copia legum*, sosteneva l'opposto, insegnando che anche in dritto giustiniano il vedovo possa ritenersi la dote profettizia *ratione liberorum*.

A questo proposito, uno dei posteriori glossografi e professori bolognesi, l'Odofredo, che fiorì nel sec. XIII, ci ricorda un curioso aneddoto. A Bulgaro era morta la moglie, lasciando prole superstite. Il padre che le aveva costituita una buona dote profettizia andò a consultare Martino per sapere se gli competeva il diritto di chiederne la restituzione. E Martino gli rispose — sentite: io son d'avviso che non abbiate diritto; ma poichè Bulgaro insegna l'opposto, fate una cosa — andate a lui, e se egli per interesse vorrà smentire l'insegnamento suo, io il concerò per le feste. — Così fece lo suocero di Bulgaro, come Martino gli consigliò. Ma Bulgaro, fedele a ciò che dalla cattedra insegnava, restituì la dote profettizia senza contrasto; la qual cosa, soggiunge Odofredo, non piacque a Martino che avrebbe gradita un'occasione di scandalo contro il collega rivale. Diverso accadde più tardi rispetto a un altro giureconsulto, Alberico da Porta Ravennate. Era pur questi un valente dottore del secolo XII, e fu scolaro di Bulgaro: valente tanto, che le cronache ci dicono avere dovuto, per la grande frequenza di uditori, dare le sue lezioni nel palazzo dove si radunava il Comune. *Savigny*¹ ci ricorda due aneddoti della vita di questo giureconsulto,

¹ St. del Dir. Rom. nel Medio Evo, lib. 4, cap. 29, vol. 2, pag. 119.
Trad. Bollati. Torino 1857.

i quali dimostrano come pur troppo la scienza non sia sempre compagna di retto sentire e di decenti costumi. Una volta fu chiamato in giudizio come complice dell'uccisione di un suo nemico. Fondavan l'accusa nel dire che egli aveva approvata quella uccisione. L'accusa di complicità era uno sbaglio: ma il fatto della gioja mostrata da Alberico per lo eccidio del nemico suo era vero, ed egli stesso l'ammise. Altra volta i suoi scolari, che sapevano piacerli la buona carne e il buon vino, lo invitarono a cena, e ubbriacatolo, lo indussero a prestare mallevaria pei loro debiti, e a dare in pegno i suoi scritti. Or bene, di questo stesso Alberico narra Odofredo, che gli accadde quello che a Bulgaro era accaduto. Gli morì cioè la moglie, lasciando prole superstite. Lo suocero fu a lui, per avere la restituzione della dote profettizia. Ma Alberico che dalla cattedra insegnava la sentenza di Bulgaro, la disdisse col fatto quando si trattò di venir contro all'interesse proprio, e si appigliò all'opinion di Martino per rimandare lo suocero a mani vuote.

Bisogna sentire lo stesso Odofredo esporre questi due aneddoti, quel di Bulgaro e quel di Alberico, con quel suo latino alla buona, nella lezione sulla L. 6. D. de jure dot., e sulla L. 4. C. sol. matr. Anche in *Savigny* troverete riportato questo brano di lezione. Lasciate che ve lo reciti a titolo di curiosità. Odofredo introduce lo suocero di Bulgaro che chiede a Martino il consulto: poi così describe la scena: « Martinus dixit, consulo et moneo quod ad dn. Bulgarum accedatis, et repetatis dotem: et si negabit, eum de sua opinione scandalizabo. Sed dn. Bulgarus bene cavit sibi, nam

dotem ei restituit absque omni controversia, et sic de jure et de facto suam opinionem approbavit; quod dn. Martino non placuit. — Sed dn. Albericus, antiquus doctor, fecit totum oppositum. Fuit scholaris dn. Bulgari, et erat in illa opinione qua Bulgarus. Unde contraxit matrimonium: prædecessit uxor liberis relictis: venit socer, et petit dotem — quia estis in opinione dni vestri Bulgari. — Dixit — non darem vobis unum denarium, et credo quod opinio dni Martini sit verior. — Ita defendit opinionem suam verbo, non re.

A parte però questo brutto contegno di Alberico, che non può certo avere le nostre simpatie, non debbo tacervi, che sebbene l'opinione di Bulgaro sia più conforme al testo, pure quella di Martino fu trovata più conforme all'equità, e la consuetudine e la pratica del foro la venne elevando al grado di *jus receptum*. Il *Borelli*, citato dal *Bossi* nel Trattato di Dote c. 3, dice a tale riguardo, « ridiculum esset recedere in judicando ab hac consuetudine, generaliter et per universum orbem observata. » E il *Forti*¹ riassume così diritto e pratica: « quanto al matrimonio sciolto per morte (della donna) è omai generalmente approvata la limitazione di Martino, che vuole che il padre non possa ripetere la dote profetizia se esistono figli del matrimonio della sua figlia defunta. Questa teoria, contrastata da Bulgaro contemporaneo di Martino, riprovata dai culti....., non è da mettersi in dubbio, non consentendolo nè la forza della consuetudine, nè la somma equità che sta per lei. »

¹ Trattato della Dote n. 126.

Che se invece di matrimonio disciolto per morte della donna, trattisi di matrimonio disciolto per morte del marito, Giustiniano nulla innovò qui pure rispetto alla dote *recettizia*, rispetto a quella cioè costituita con patto di reversione: ma in ordine all' *avventizia* semplice, diede in ogni caso alla donna l'azione di restituzione, come se l'avesse stipulata per sè. Ecco le parole del § 13 della citata L. un. C. h. t., in cui si contiene l'una e l'altra proposizione: « si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus est, vel pactum fuerit, tunc præsumatur mulier ipsa stipulationem fecisse, ut ei dos ex hujusmodi casu accedat. »

E per la dote *profettizia*, riconfermò nella donna il diritto di esigerne essa la restituzione, quando il padre suo fosse morto, od essa si trovasse emancipata (§ 11 ejusd. L.): riconfermò ancora quelle regole di competenza dell'azione al padre in concorso della figlia soggetta al suo potere, che io vi spiegai nel precedente discorso: ma nella Nov. 97 c. 5 sancì che il padre, ricevuta la dote, dovesse conservarla per la figlia sua, e ricostituirla intera quand'essa passasse a nuove nozze. « Moriente genero (così appunto si esprime) et remeante ad patrem dote quæ ab eo data est,.... ipsa mensura ei (filiæ) nubenti rursus dare (pater) dotem debet, tamquam si nec contigisset viduatam..... » Questo però a condizione che il patrimonio del padre sia rimasto qual era: « hæc autem sancimus, si et patris substantia manserit in ipsa figura in qua prius fuit: » giacchè se il padre ha sofferto disgrazie « si fortuita quædam clades imminuerit ejus substantiam, » il padre non si avrà a costringere a dare altra dote alla figlia

che si rimariti, fuor quella che sia in proporzione del patrimonio attuale, « tunc non amplius patrem dare secundo filiae nubenti, nisi in quantum substantiae virtus est. »

Anche quanto al tempo della restituzione della dote Giustiniano ritoccò l'antico diritto. Già vi dissi che la dote non consistente in quantità di cose fungibili dovevasi restituire immediatamente, avvenuto che fosse il *casus restitutionis*; e per la dote consistente in quantità di cose fungibili, per la dote *quantitativa*, si dava il respiro di quelle tre rate annuali, che venivano indicate dalla formola « annua, bima, trima die. » Ebbene: Giustiniano volle invece che l'obbligo della restituzione immediata avesse luogo soltanto per gl'immobili dotali: e per la restituzione di tutte l'altre doti, consistenti o in mobili, o in semoventi, o in cose incorporali, diede termine un anno dal dì dello scioglimento del matrimonio. Questa innovazione fu da lui così espressa nel § 7: « exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel semoventibus, vel incorporalibus; ceteris videlicet rebus, quæ solo continentur, illico restituendis. »

L'ultima importante innovazione arrecata da Giustiniano al vecchio diritto in questo tema di restituzione della dote, è quella che riguarda le *retentiones* di cui fa cenno Ulpiano, e che largamente vi spiegai nella riunione passata. Giustiniano le volle cancellate, e col suo enfatico linguaggio si espresse così nel § 5: « taceat in ea (actione de dote) retentionum verbositas. »

Non più adunque la *retentio propter liberos* o quella *propter mores*, in caso di matrimonio sciolto per divorzio

causato da colpa della donna. Ciò non vuol dire che in tale caso non vi fossero penalità stabilite, le quali potevano ancora arrivare fino alla perdita totale della dote, come vi esposi allorchè trattai il tema del divorzio; ma vuol dire che vennero tolte di mezzo quelle parziali *retentiones*, che nel vecchio sistema erano conseguenza del *judicium de moribus*, avente indole alquanto vaga e indefinita, e che fu soppresso (Cod. 5, 17 de rep. et jud. de mor. subl.). Questo almeno mi sembra il senso di quelle parole di Giustiniano: « ne varium genus culpæ mariti contra uxores excogitent ut possint eadem retentione contra eas uti, quum jam et imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat. »

Non più la *retentio ob res donatas, ob res amotas*; e anche questo, non già nel senso che Giustiniano neghi al marito un rimedio giuridico per ricuperare le cose donate alla moglie contro il divieto legale, o per ottenere la dovuta indennità in caso di sottrazione perpetrata dalla moglie. No: Giustiniano ha tenuto fermi per tali titoli i diritti del marito: richiama anzi nel citato § 5 le relative azioni che a tal fine competono — *vindicatio, condictio, actio rerum amotarum*: — solo nega al marito la facoltà di farli valere col mezzo della ritenzione della dote.

E così *propter impensas*. Qui ancora Giustiniano volle abolita l'antica *retentio*, e disse « sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. » Ma non per questo negò al marito un'azione per ricuperare le spese necessarie fatte intorno alla cosa dotale; o il rimborso delle utili, fino all'am-

montare della *in rem versio*; o il *jus tollendi* delle cose aggiunte alla *res dotalis* con spese di lusso, quando ciò potesse farsi « sine læsione prioris speciei. » Anzi nel citato § 5 espressamente riservò codeste azioni, codesti diritti. Quel che negò al marito, quello in cui consistette la innovazione, fu che gli disdisse un *jus retentionis* pei titoli suddetti. Il marito adunque che deve restituire la dote, e che nello stesso tempo ha un credito o *propter res donatas*, o *propter res amotas*, o *propter impensas*, non perde i suoi diritti: ma mentre prima della costituzione giustiniana poteva pel riconosciuto *jus retentionis* rifiutarsi alla restituzione della dote fino a soddisfacimento del suo credito, dopo quella costituzione non potè più farlo, meno forse per le *impensæ necessariae*, per le quali (come opina Cujaccio¹) pare rimanesse anche in dritto giustiniano il *jus. ret.*; e (come bene dice il Maynz²) « si trovò ridotto a far valere le sue pretese per via d'azione, salvo il caso in cui esse riunissero le condizioni richieste per poter essere dedotte in compensazione. »

Un' ultima cosa debbo ancora farvi notare: ed è che Giustiniano conservò al marito quel *beneficium competentiae* di cui vi parlai nella precedente lezione: anzi lo estese pur anco al caso in cui la restituzione si fosse pattuita col mezzo di rigorosa stipulazione, facendo così prevalere la *æquitatis ratio* a quel *jus strictum* che è il principio informante la stipulazione, « quia hoc æquisimum est (così si legge nel § 7) et reverentiæ debitum maritali, si non dolo malo versatus est. » Ma qui pure

¹ Recit. Sol. in C. ad cit. L. un. de rei ux. act. § 5.

² Cours de Dr. Rom. § 399.

Giustiniano aggiunse alcun che di suo, e stabilì che il marito il quale volesse prevalersi del *beneficium competentiae*, invocando per limite di restituzione l'*id quod facere potest, deducto ne egeat*, dovesse dare cauzione che venendo a migliore fortuna avrebbe completato il soddisfacimento del debito suo: « cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret. »

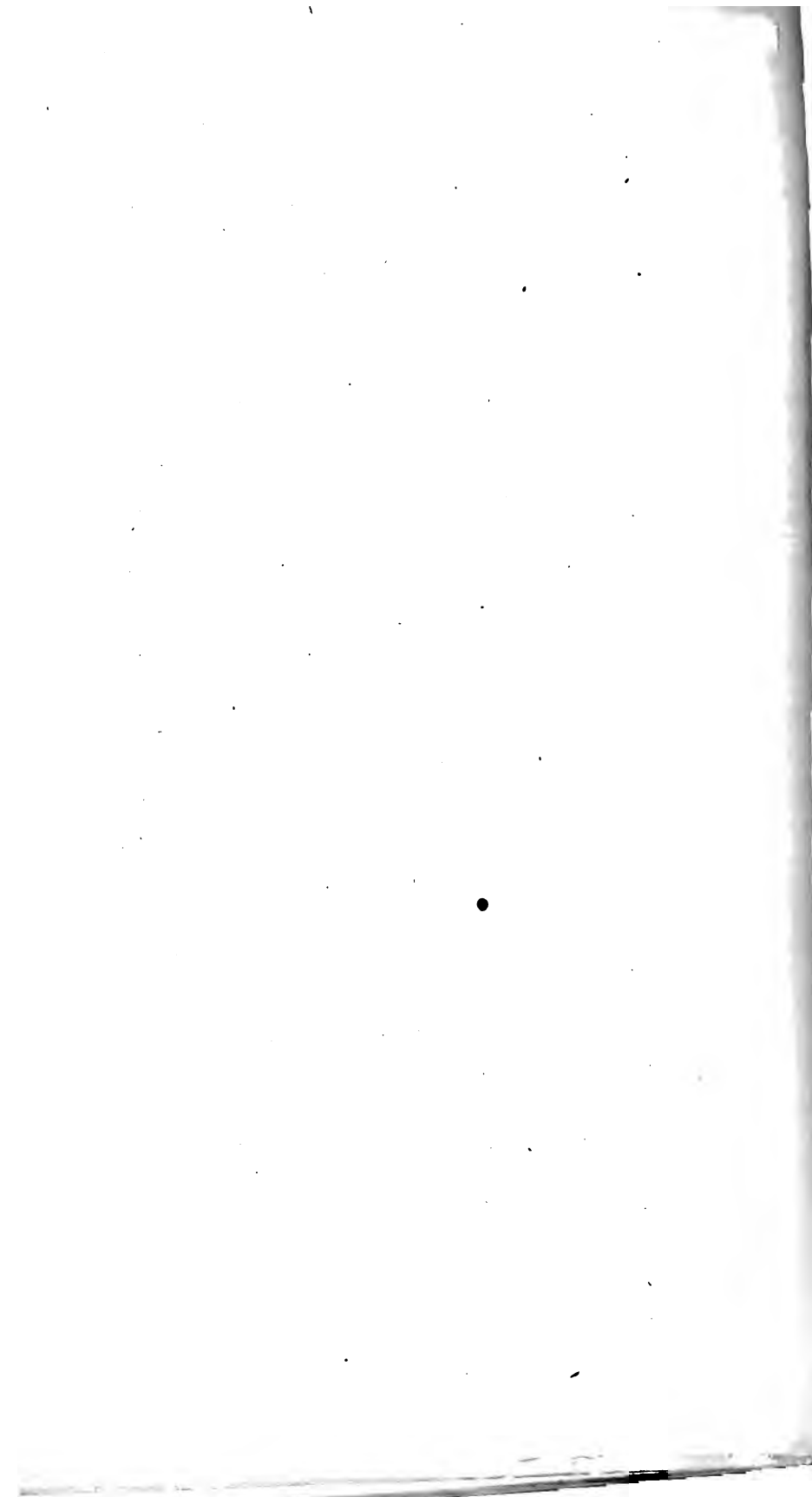
Abbiamo veduto, o Signori, in questa e nella passata lezione quale sia il destino della dote a matrimonio disciolto. Abbiamo visto le regole che davan norma a tale destino in diritto antico, e le innovazioni introdotte dal diritto giustiniano. Per quelle ci fu di massima guida il titolo 6 dei Fragmenta di Ulpiano: per questo la L. un. C. de rei ux. act. Ben inteso che queste regole potevano da speciali convenzioni venire modificate. Lo potevano in giure antico: lo poterono in diritto giustiniano. Avete nelle Pandette e nel Codice un apposito titolo, il 4 del libro 23 delle Pandette, il 14 del libro 5 del Codice che appunto contemplano queste convenzionali modificazioni, ossia i *pacta dotalia*. Ma e in diritto antico e in diritto nuovo si riscontra un principio sommo che domina tutta questa materia, e che segna i limiti a tali convenzioni; è il principio che stabilisce non potersi con patti venir contro alle leggi di pubblico ordine, non potersi la modificazione di quelle regole spingere sino al punto di snaturare l'indole della dote, o renderne deteriore la condizione. Dentro a cotali limiti la volontà delle parti spazia libera e sovrana: al di là di essi la convenzione è nulla, la parola della legge riprende il suo impero. Questo concetto che ispira

le varie decisioni raccolte in quei due titoli delle Pandette e del Codice che vi ho citati, è riprodotto nel § finale della costituzione giustiniana che ci è stata di guida nello studio di stamane: ed è riprodotto colle parole seguenti, colle quali chiuderò la presente lezione: « illud etiam generaliter præsenti addere sanctioni necessarium esse duximus, ut, quæ pacta intercesserint vel pro restitutione dotis, vel pro tempore, vel pro usuris, vel pro alia quacumque causa, quæ nec contra leges nec contra constitutiones sunt, ea observentur. »

Ci resta ancora un punto a discutere intorno al destino della dote a matrimonio disciolto. Conosciamo omai a chi la restituzione debba farsi: conosciamo i tempi della restituzione: conosciamo i titoli pei quali il marito, o l'erede suo potrebbe avere fondate pretese da opporre. Ma quale è l'obbietto preciso della restituzione? *quid restituendum* nei varii casi? È questo il tema che va a completare lo studio intrapreso, e in cui si ripresenta la grande importanza di quella distinzione della dote in *quantitativa* e *qualitativa*, che già vedemmo figurare in altri rapporti. Ed è questo tema, o Signori, che formerà il subbietto della lezione ventura.

LEZIONE XVIII.

[19 Gennaio 1881]



DELLA DOTE (seguito e fine).

Destino della dote a matrimonio disciolto. — Oggetto della restituzione.

Il matrimonio fu disciolto: la dote dev' essere restituita. Quale sarà l' oggetto preciso, quale l' estensione, quale il limite della obbligazione del marito o dell' erede di lui? È il tema di studio — voi bene lo ricordate — che riservammo per l' odierna riunione.

Vi dissi che in questo proposito avremo visto ripresentarsi quella importante distinzione della dote in *quantitativa* e *qualitativa*, che qua e colà nel corso di questa trattazione abbiamo dovuto rimarcare.

Se in fatti la dote consistette in una quantità di cose fungibili, se trattasi di dote *quantitativa*, se fu per esempio una somma che a titolo di dote si diede al marito, verificatosi il caso, venuto il tempo della restituzione, sarà l' altrettanto che ne costituirà l' oggetto. Poco importa che il marito abbia conservata quella somma, o l' abbia dispersa: poco importa che un fortuito evento l' abbia fatta perire, sicchè il marito non ne abbia in realtà potuto trarre profitto, come per esempio se dopo averla ricevuta dal costituente gli sia stata rubata. La

sua obbligazione non si estingue per questo: come non si estinguerebbe quella del mutuatario, il quale dopo ricevuto il prestito di danaro fosse stato vittima di un furto. Perchè questo? perchè nei debiti di quantità non sono le precise specie ricevute che costituiscono l'*objectum obligationis*, ma è il *tantumdem* delle medesime, sicchè codesto *tantumdem* esistendo pur sempre, perchè « *genus et quantitas nunquam pereunt*, » non si potrebbe qui applicare il principio che il fortuito interito della cosa dedotta in obbligazione importi liberazione del debitore. Questa verità è messa in perfetta luce da Cajo nel fr. 42 de j. d. 23, 3 colle seguenti parole: « *res in dotem datæ, quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt: quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus.* »

Che se il marito, a cui fu data una somma a titolo di dote, impieghi quella somma nell'acquisto mettiamo di una casa, di un fondo, diventerà forse dotale questa casa, questo fondo acquistato coi danari dotali? In altri termini: si convertirà la dote da *quantitativa* in *qualitativa*? oppure il marito rimarrà come prima debitore di quantità, sicchè nè la *Lex Julia de fundo dotali* colpisca di inalienabilità quella casa o quel fondo, nè le future sorti di cotali oggetti abbiano influenza alcuna sulla sussistenza e sulla continuità del debito del marito?

Avvertite bene una cosa, o Signori, per la retta posizione del quesito. Potrebbe essere che l'impiego della somma in cui consisteva la dote si facesse in base di una convenzione, di un *pactum dotale*, per cui le parti

si accordassero nel voler considerare come dotale la cosa acquistata con quei danari. In tal caso, niun dubbio che si opererebbe la conversione della dote da *quantitativa* in *qualitativa*. Sarebbe la specie contemplata da Giuliano nel fr. 21 de p. d. 23, 4: « constat posse inter uxorem et virum conveniri, ut dos quæ in pecunia numerata esset permularetur, et transferatur in corpora, quum mulieri prodest. » Ma noi dobbiamo prescindere da questo supposto: e dobbiam figurare l'ipotesi pura e semplice, senza mistura di *pactum dotale*. Si tratta di una dote quantitativa che il marito di proprio moto erogò nell'acquisto di un fondo. Domando: questo fondo diventa *dotale*? la dote da *quantitativa* che era assume indole e natura di *qualitativa*?

Or ecco la risposta che a tale quesito dà la L. 12 C. de j. d. 5, 12: è un rescritto di Diocleziano e Massimiano a certa Rufina, concepito così: « ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quæritur, quum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere; at dotis tantum actio tibi competit. » Voi vedete qui nettamente stabilito il principio che la dote rimane quantitativa non ostante l'impiego che il marito faccia della somma dotale nell'acquisto di un fondo.

Ma se così è — voi mi direte, — come va che Cajo nel fr. 54 de j. d. afferma considerarsi come dotali le cose che col danaro dotale vennero acquistate? Cajo infatti dice così nel citato frammento: « res, quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur. » Come si conciliano adunque questi due passi del testo? O ci siam forse incontrati in due testi antinomici, e dobbiam credere addirittura che l'uno disdica quel che l'altro afferma?

A taluno è piaciuto di supporre che Cajo qui parli di un acquisto fatto in nome e per conto della moglie. Il *Fabro* dedica un intero capitolo delle sue *Conjecturæ*, il 9° del lib. 5°, a sostenere cotale supposizione. Certo, se questo fosse il senso della proposizione di Cajo, ogni ragione di antinomia esulerebbe, perchè le specie contemplate dai due testi sarebber diverse. Ma ad ammettere l'interpretazione del *Fabro* osta anzitutto il non trovarsi nel frammento di Cajo alcun addentellato che la giustifichi: osta in secondo luogo quel dirsi da Cajo che le « res ex dotali pecunia comparatæ » non già « dotales sunt, » ma « dotales esse videntur. »

Piuttosto è a seguirsi l'interpretazione datane da *Cujaccio*,¹ seguita da *Pothier*,² e generalmente dai moderni,³ e che consiste in questo. La cosa acquistata dal marito coi danari della dote non diventa dotale: la dote non si converte da quantitativa in qualitativa per tale acquisto: il marito rimane sempre debitore di somma. Cajo è d'accordo con Diocleziano: la L. 54 D. de j. d. è in armonia colla 14 C. eod. Ma Cajo avverte una cosa non avvertita in quest'ultima legge: Cajo osserva che a certi effetti la cosa acquistata coi danari dotali può considerarsi dotale « *dotalis esse videtur*: » agli effetti cioè di accordare alla donna un diritto di preferenza su quella cosa in confronto dei creditori del marito, quando venuto il dì della restituzione il patrimonio di lui non possa bastare al pagamento di tutti i suoi

¹ Obs. V. 29.

² Pand. ad d. L. 54 in tit. sol. matr. n. 86 in nota.

³ Vid. *Maynz Cours de Dr. R.* § 397 nota 1. — *Troplong Contr. de Mariage* n. 3178.

debiti: « ut non nisi marito non existente solvendo (così appunto spiega *Cujaccio*) res ex pecunia dotali comparata pro dotali habeatur. » Era in sostanza un privilegio accordato alla donna *ratione dotis* in epoca in cui non le competevasse quell'ipoteca legale introdotta da Giustiniano, di cui altra volta vi parlai: era quel privilegio a cui accenna anche Ulpiano quando nel fr. 22 § 13 sol. matr. 24, 3 mette in questo proposito a paro le *res dotales*, e le *ex dote comparatae*, dicendo di queste ultime « *quasi et hæ dotales sint.* » E che tale sia veramente il senso del frammento di Cajo, appare e dalla frase « *dotales esse videntur* » che esattamente coincide con quella d'Ulpiano: e dalla iscrizione del frammento, che è tratto dal commento *ad Ed. Præt. Urb. tit. de prædicatoribus*, lo che fa ragionevolmente supporre si alluda al caso in cui i beni del marito fossero per insolvenza di lui venduti dai *prædiores*.¹

Ed ora, o Signori, figuriamo la contraria ipotesi. Al marito non fu data in dote una quantità di cose fungibili, una somma di danaro: ma furon date cose infungibili, mobili o immobili — poco monta, — ma cose individualmente determinate. Venuto il dì della restituzione sono le cose stesse che debbono restituirsi: il marito è *debitor speciei*, e quindi godrà per una parte di tutti i vantaggi che sono proprii di tale posizione giuridica in confronto di quella del *debitor quantitatis*: ma d'altra parte incontrerà delle responsabilità cui per natura stessa delle cose non va soggetto il debitore di dote quantitativa.

¹ V. *Hugo. Hist. de Dr. Rom. trad. Jourdan* § 208.

I vantaggi consistono in questo, che se la *res dotalis* è perita o si è deteriorata senza colpa del marito, egli rimarrà nel caso d' *interitus* liberato dalla sua obbligazione, e nel caso di deterioramento il suo obbligo si ridurrà a dare la cosa qual è. Senza sua colpa — s' intende: giacchè se la perdita o il deterioramento è causato da colpa, e peggio poi se da dolo, egli dovrà nel *judicium de dote restituenda* rispondere di tutti i danni; e non potendo dare la cosa estinta, l'obbligazione sua si tramuterà nell' *id quod interest*; dandola deteriorata, dovrà in danaro rifondere l'importo del deterioramento. Allude a questo il giureconsulto Paolo, quando ci dice nel fr. 17 pr. de j. d. che il marito risponde, quanto alle *res dotales*, e del dolo, e della colpa, e di quella diligenza che è solito usare nelle cose sue: « in rebus dotalibus virum præstare oportet tam *dolum*, quam *culpam*, quia causa sua dotem accipit: sed etiam *diligentiam* præstabit quam in suis rebus exhibet. » Vi allude Ulpiano nel fr. 24 § 5 sol. matr., dove, supposto che la dote consista in schiavi, e che questi siano periti o deteriorati per mali trattamenti o sevizie del marito, lo tiene responsabile dei danni, sebbene quel marito per la crudele sua indole usasse uguali sevizie anche contro gli schiavi suoi: « quamvis enim (dice Ulpiano) *diligentiam* uxor eam demum ab eo exigat quam rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen *sævitia* quæ in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus. »

Le maggiori responsabilità cui va incontro il debitore di dote *qualitativa*, che quello di dote *quantitativa*, consistono in questo, che mentre il debito dell'ultimo è

tassativamente circoscritto alla quantità ricevuta, il debito del primo si estende ancora a tutti gl' incrementi, a tutte le accessioni della *res dotalis*. « Si prædiis inæstimatis aliquid accessit (ci dice Ulpiano nel fr. 10 § 1 de j. d.) hoc ad compendium mulieris pertinet. » Anche rispetto a questi incrementi adunque, una volta verificatisi, il marito dovrà usare per la loro conservazione quella stessa diligenza, avere quella stessa cura, che aver deve per la conservazione della cosa principale. Dell' interito o deterioramento loro avvenuto per colpa sua, egli dovrebbe rispondere.

Ma quando vi dico dietro le traccie d' Ulpiano, che trattandosi di dote qualitativa il marito deve insieme colla cosa restituirne le accessioni, è naturale che intendendo parlare di quelle *accessiones quæ in fructu non sunt*: Imperocchè voi già sapete che i frutti, vuoi naturali, o vuoi civili, della dote si lucrano dal marito in compenso degli oneri matrimoniali, come dice fra gli altri il fr. 7 pr. de j. d. Niuna responsabilità adunque, niun obbligo di restituzione pei frutti della *res dotalis*, per tutto il periodo di tempo in cui durò il conjugio: « si fructus (così il cit. fr. § 1) constante matrimonio percepti sunt, dotis non erunt. » Che se il marito riscosse i frutti di quell' anno intero, correndo il quale avvenne lo scioglimento del matrimonio, dovrà restituirne quella parte che corrisponda al periodo posteriore a cotale scioglimento. Gli è ciò che i principii dettano: gli è ciò che lasciò scritto Paolo nelle R. S. II, 22, § 1, e che Giustiniano ripete nella L. un. C. de r. u. act. « Fructus fundi dotalis (così appunto Paolo) constante matrimonio percepti lucro mariti ce-

dunt, etiam pro rata ejus anni, quo factum est divor-
tium. » Nel fr. 7 § 1 sol. matr. Ulpiano riferisce una de-
cisione di Papiniano informata allo stesso principio, ma
concernente una specie più complicata, in quanto si
tratta di una mistura di frutti naturali e di civili. Sa-
rebbe troppo lungo esporvi il contenuto di tale responso.
Mi contenterò di accennarvi alcuni autori, che potrete
consultare con profitto per la intelligenza di esso: —
sono il *Cujaccio* ad L. XI Qu. Pap. in d. L. 7 § 1 sol.
matr., e Obs. XIV, 22; il *Forti*, Trattato della Dote n. 90
e segg.; il *Mühlebruch*, Doctr. Pand. § 535; il *Maynz*,
Cours de Dr. Rom. § 397 nota 20.

Tutto questo però riguarda il caso di vera dote
qualitativa; di cose infungibili cioè date in dote senza
stima. La posizione giuridica del marito è (lo abbi-
am visto) riguardo ad esse in parte migliore, in parte de-
teriore di quella del marito che ricevette, e che deve
restituire una dote *quantitativa*. Migliore, perchè il for-
tuito *periculum rei* non lo colpisce: peggiore, perchè il
suo debito può estendersi al di là della *species* ricevuta,
e abbracciarne gl' incrementi, le accessioni. Questo du-
plice aspetto è delineato così da Ulpiano nel fr. 10 § 1
de j. d., di cui vi ho più sopra riportato un brano, e
che ora vi riferisco completo: « si prædiis inæstimatis
aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet:
si aliquid decessit, mulieris damnum est. »

Ma se l'oggetto della dote, tuttochè consistente in
cose infungibili, si diede a stima, la dote stessa avrà
natura di qualitativa, o di quantitativa? venuto il tempo
della restituzione, che dovrà il marito? la stima, o la
cosa? E il *periculum rei*, e l'*incrementum* nuocerà o

gioverà a lui, oppure a chi pretende la restituzione della dote?

Il testo in moltissimi luoghi ci dice che quando si sono date in dote delle cose infungibili, ma si son date *dietro stima*, la dote si ha per regola quale dote *quantitativa*; si finge cioè che il marito abbia comprate quelle cose pel prezzo di stima che si è determinato, e che il prezzo stesso, val quanto dire una *pecuniae quantitas*, sia a lui stato rilasciato a titolo di dote. È conseguenza di ciò, che le cose date a stima non hanno qualità di *dotales*: che il marito può farne ciò che vuole: che il *periculum* di esse lui solo colpisce, a lui solo profittano gl' *incrementa*: che in una parola, pel caso di restituzione, il suo debito è fisso ed invariabile, come quello che risponde all'equazione assoluta col prezzo di stima.

Non abuserò della vostra attenzione col recitarvi tutti i luoghi del testo in cui si enuncia e si ribadisce questa proposizione. Ne scelgo qualcuno soltanto.

Eccovi quel d' Ulpiano nel fr. 10 pr. de j. d. Interessa sovente al marito (dice il giureconsulto) ricevere in dote le cose inestimate, anzichè riceverle a stima. Ciò accade specialmente rispetto ai mobili o semoventi, che vanno soggetti a naturale deperimento o a consumo per uso. Giacchè se li ricevette a stima, suo sarà il pericolo e il danno, dovendo egli sempre restituirne il prezzo fissato: se invece li ricevette senza stima, il rischio non lo tocca, come non gli gioverebbe il possibile incremento. « Plerumque interest viri res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem quae mulier utitur; eveniet enim, si aestimata sint,

et ea mulier attrivit, ut nihilominus maritus æstimationem eorum præstet; quoties igitur non æstimatæ res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt¹ »

Eccovene un altro dell'Imperator Alessandro nella L. 5 C. de j. d. 5, 12: « quoties res æstimatæ in dotem dantur, maritus, dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur. »

Eccovene pure uno di Diocleziano e Massimiano nella L. 10 C. eod., in cui si mette in luce quel rapporto di compera che si presume avvenuto pel ricevimento della dote dietro stima: « quum dotem te æstimatam accepisse profitearis, apparet jure communi, per pactum, quod doti insertum est, formato contractu, ex emto actionem esse. Quis enim dubitat æstimationem a te mulieri deberi, quum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur? »

Eccovi in fine la formola alquanto enfatica, ma certamente assai chiara, con cui Giustiniano esprime la stessa idea nella L. un. § 9. C. de r. u. act.: « æstimatorum rerum maritus quasi emtor et commodum sentiat, et dispendium subeat, et periculum expectet. »

Il ricevimento della dote a stima costituisce adunque il marito debitore di quantità: la stima importa vendita: « cum res dotales æstimatæ dantur..... ex emto incipiunt possideri, » per usare la frase del § 111 dei Fragmenta Vat.

Ma se questo è ciò che di regola accade, non resta escluso che le parti nel dare e ricevere le cose dotali a

¹ Vid, et Paul. in fr. 51 sol. matr. 24, 3. « Æstimatæ res usu etiam mulieris periculo mariti deteriores efficiuntur. »

stima possano avere un altro obbiettivo, possano proporsi uno scopo diverso. Si potrebbe aggiungere la stima, non per togliere alla cosa la qualità di dotale, ma per avere una base di valutazione allorchè, venuto il dì della restituzione della dote, la cosa si trovasse deteriorata o perita per uno di quei fatti di cui il marito è responsabile. La stima in tal caso si fa, come dicono i commentatori, non *venditionis*, ma *taxationis causa*. Se non che essendo questo un deviamiento dalla regola, occorre che la convenzione abbia una clausola da cui s'abbia a dedurre che tale fu la volontà delle parti.

Le fonti ci somministrano esempi di clausole di tal genere. Così Papiniano nel fr. 69 § 7 de j. d. suppone che si siano date a stima le cose dotali, ma pattuendo che le cose stesse saranno restituite; e dice che in tal caso non si contrae il rapporto di vendita, ossia non si rende quantitativa la dote: « quum res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur. » Così gl' imperatori Diocleziano e Massimiano ripetono nella L. 21 C. de j. d., che quando si è tra le parti convenuto, « ut species æstimatæ doti datæ pretiis, quibus æstimatæ sunt, redderentur, » questo patto ha efficacia, e, non ostante la stima, la dote rimane qualitativa, « manifestum est non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui: » appunto perchè in tal caso la stima si vede aggiunta a questo scopo « ne, si species aliqua deminuta fuisset aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, posceretur. » Credo anzi che da queste ultime parole i commentatori abbian tratta la formola di stima adjetta « *taxationis causa*. »

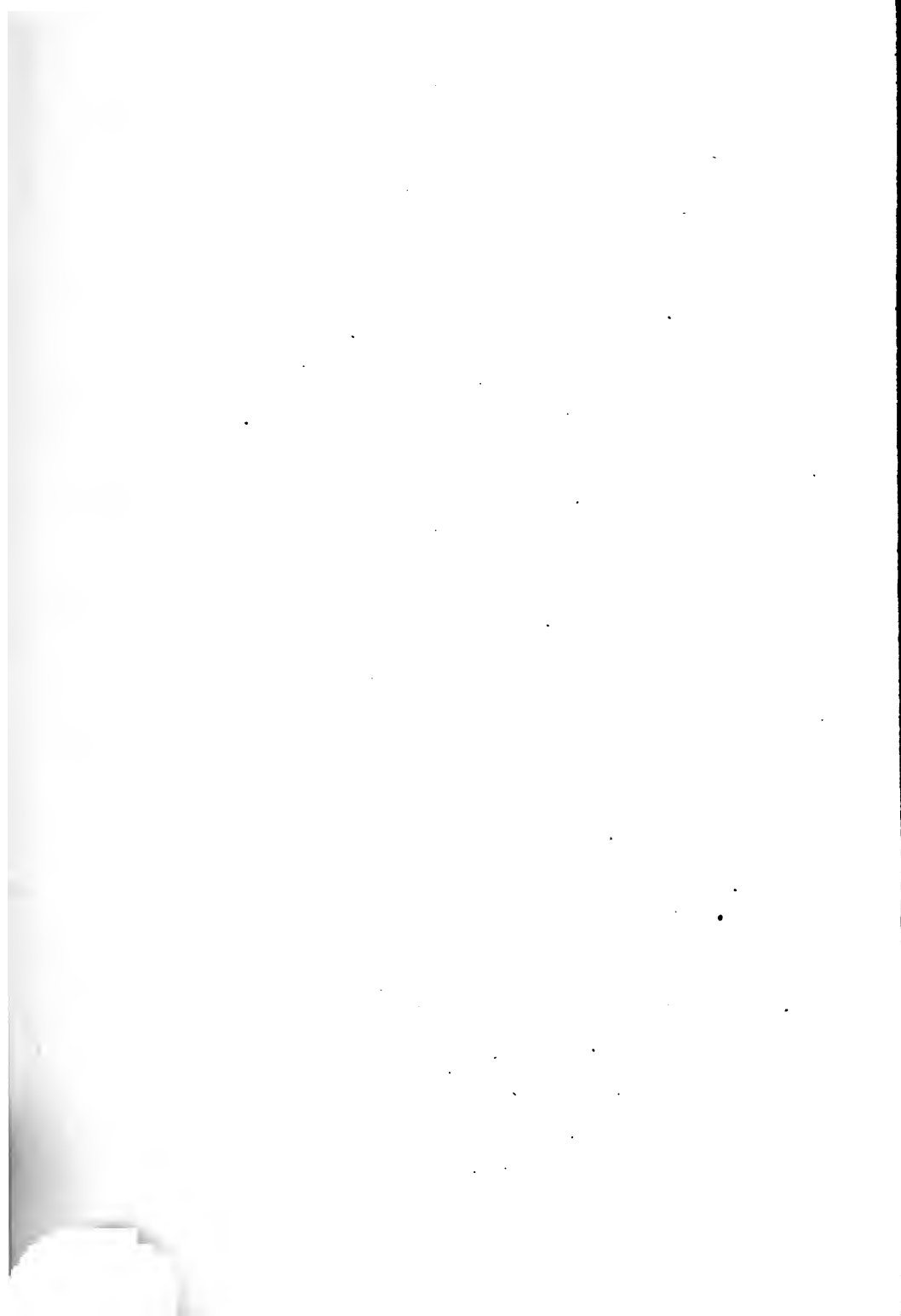
Un'altra clausola ancora avrebbe l'effetto di togliere alla *æstimatio rei dotalis* quel significato giuridico che di regola ne promana. Sarebbe quando la donna si riservasse la facoltà di ripetere o la stima, o la cosa, a sua scelta, venuto il dì della restituzione. In tal caso l'oggetto rimane dotale, e quindi trattandosi di fondo sarà colpito di inalienabilità per la *Lex Julia*: a differenza di ciò che accadrebbe se questa facoltà alternativa fosse data al marito. L'una e l'altra delle due ipotesi è contemplata da Ulpiano nel fr. 10 § 6 de j. d., in rapporto alla restituzione della dote: l'una e l'altra dalle due combinate Leggi 11 D., e 1 C. de fundo dotali, in rapporto all'inalienabilità che la Legge Giulia introdusse. « Quodsi fundus (così Africano nel fr. 11) in dotem æstimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit alienari fundum posse; quodsi arbitrio mariti sit, contra esse. » E nell'altra legge Severo ed Antonino ripetono: « si æstimata prædia data essent in dotem, et convenisset ut electio mulieri servetur, nihilominus Lex Julia locum habet. »

Se ora, date, o Signori, uno sguardo retrospettivo alle cose che in quest'ultime riunioni abbiamo discorse, avrete innanzi a voi come il quadro delle più importanti regole che in Diritto Romano davan norma all'istituto della *Dote*. Tutti gli altri beni poi della donna andata a marito (ben inteso purchè non si trattasse di matrimonio con *in manum conventio*) rimanevan suoi proprii, e sovr'essi il marito non aveva che quella facoltà di amministrazione che la moglie avesse voluto accordargli. Nulla per verità avrebbe impedito che si fosse tra i conjugii stabilito un sistema di comunione

dei beni. Ma sarebbe occorsa una convenzione speciale. La regola era che ciascuno dei due coniugi conservava separato il patrimonio suo, salvo pel marito quei dritti sulla dote che abbiamo esaminati. Questo rimanere intatti i diritti della donna sulle cose sue non dedotte in dote, cose che con greca voce dicevansi *parafernali*, è, tra gli altri luoghi del testo,¹ chiaramente espresso nella L. 8 C. de pact. conv. 5, 14. Non vi dispiaccia di udirne la lettura: commenti non occorrono, il testo è chiaro: « hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Græci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem quæ se ipsam marito committit, res ejusdem pati arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere. »

Compiuta così l'esposizione di questo trattato, intraprenderemo nella riunione ventura lo studio di un altro assai importante istituto giuridico che si connette intimamente al Diritto della Famiglia, e secondo le idee romane lo integra: voglio dire l'Istituto della *Patria Potestas*.

¹ Vid. et Ulp. in fr. 9 § 3 de jur. dot. 23, 3.



LEZIONE XIX.

[1 Febbraio 1881]

DELLA PATRIA POTESTAS (Dig. De his qui sui vel
al. jur. sunt I. 6: Cod. de patr. pot. VIII. 46.: Inst.
id. I. 9).

Contenuto ed indole di questo istituto in Diritto Romano. — *Ius vitæ et
necis*. — Graduale limitazione. — Definitiva scomparsa.

Quello che ci è dato di riscontrare, o Signori, in tanti istituti del Diritto Romano, — e cioè che si comincia da uno stato di cose avente un' indole sovranamente rigorosa, un' impronta, una caratteristica quanto mai severa, per finir poi sotto l' influenza della filosofia, delle allargate idee, dei cambiati costumi, ad una mitigazione dell' antico rigore, ad un tipo (se così posso esprimermi) men quiritario, ma più umano; — è pure avvenuto, e in modo marcatissimo, nell' istituto della *patria potestas*, di cui intraprendiamo oggi lo studio.

Riportiamoci per un istante col pensiero ai prischi tempi di Roma. Noi troviamo accentrati nelle mani del capo di famiglia tutti i poteri sulle persone dei figli, al punto che gli era dato disporre di essi come a lui fosse piaciuto. Dionigi d'Alicarnasso¹ fa rimontar fino a Romolo

¹ Antiq. Rom. II, 26.

quella disposizione legislativa che così descrive: « *romanorum legislator (Romulus) omnem, ut ita dicam, potestatem in filium patri concessit, idque toto vitæ tempore: sive eum in carcerem conjicere, sive flagris cædere, sive vinctum ad rusticum opus detinere, sive occidere vellet.* » E i Re vengono espulsi: al sistema monarchico sottentra il repubblicano: il primo lavoro di codificazione apparisce — è la celebre Legge delle XII Tavole: ma in essa pure è riprodotta la legge romulea che sanciva questa specie di onnipotenza del capofamiglia. È lo stesso Dionigi che così prosegue: « *sed sublato regno, decemviri (eam legem) inter cæteras retulerunt, extatque in XII Tabularum, ut vocant, quarta, quas tunc in foro posuere.* »

E questo esorbitante potere del padre sui figli era così radicato nelle idee e nei costumi del mondo romano, che lo vediamo durare pressochè intatto per tutto il tempo della repubblica, e solo a poco a poco smettere dappoi il ruvido della sua rigidità natia. Io non ho certo grandi simpatie pel sistema imperiale: facilmente lo comprendete: ma bisogna pur ch'io confessi che nel tema di questo istituto è alla legislazione del periodo dell'impero che si è debitori di quelle limitazioni, le quali frenarono quegli eccessivi attributi della *patria potestas*. Forse non fu sempre un pensiero generoso che le venne ispirando: forse taluna è dovuta alla incompatibilità dell'assolutismo imperiale con quest'altra specie di assolutismo del padre nella famiglia. Ad ogni modo è da constatarsi con piacere che un concetto più umano della *patria potestas* finisse per imporsi, e la condizione giuridica dei figli di famiglia riuscisse migliorata.

Facciamo insieme, o Signori, una rapida rivista degli attributi della *patria potestas* secondo il più rigoroso concetto romano: e vediamo le più importanti limitazioni, dalle quali in progresso di tempo fu circoscritta.

Già tutto è detto, in fatto di esagerazione della podestà paterna, quando si ammette nel padre un *jus vitae et necis* sulla sua prole. Meraviglieremo noi forse che il padre avesse la facoltà di dare ad altri in mancipio il figlio suo per ricavarne un lucro; o di darlo a nozza, cioè in compenso del danno che il figlio stesso avesse ad altri recato; o d'impedirgli che si sposasse alla donna che gli fosse piaciuta; o di strappare alle gioje domestiche la figlia che senza escire dalla sua *potestas* era andata a marito: o di escludere completamente la prole, e anche senza motivo, dalla successione: o di far proprio tuttociò che il figlio acquistasse: meraviglieremo noi di una tale effrenata latitudine di posanza e di arbitrio, di cui le fonti ci danno testimonianza, dal momento che il dritto di vita e di morte ci si dà come contenuto della *patria potestà*? Tutte quell'altre facoltà, per quanto al nostro modo di sentire ripugnino, per quanto ci sembrano e siano esorbitanti, riescon ben languide a fronte di questa che è l'espressione del *maximum* cui giunger si possa. Gli è così per esempio che Paolo parlando della facoltà che aveva il padre di diseredare il figlio ad arbitrio, dice nel fr. 11 de lib. et post. 28, 2 essere ciò ben naturale dacchè gli si riconosceva il potere di togliere non pure l'eredità, ma la vita: « *licet eos exheredare, quos et occidere licebat.* »

Ma forse era questa una facoltà astratta, che poi non trovasse riscontro nella realtà? Era forse una esa-

gerata espressione, diretta più che altro ad incutere nei figli un riverenziale timore della maestà paterna, e destinata a rimanere allo stato di minaccia, quasi *telum sine ictu*? Non mancò chi questo dicesse. Potete leggere in Eineccio¹ che a Libanio piacque di sostenere che quel *jus vitæ et necis* non risolvevasi in sostanza che in una minaccia: « mirum est Libanium Decl. 21 hunc veteris juris rigorem benigniore interpretatione emollire, patribusque tantum concedere *comminationem mortis*. » Ma benissimo dice Eineccio essere ben strana codesta opinione « *mirum est*, » imperocchè pur troppo la storia ci attesta che si trattava di ben altro che di astratta facoltà, di sterile comminatoria. Tito Livio, Sallustio, Aulo Gellio, Seneca, Valerio Massimo adducono e non infrequenti gli esempi di un padre che fattosi giudice della condotta del figlio suo, in forza del *jus patriæ potestatis* lo mise a morte. Così Sallustio ci parla di un Senatore che ordinò il supplizio del figlio Fulvio perchè parteggiante per Catilina:² « in eis erat A. Fulvius, senatoris filius, quem retractum ex itinere parens necari jussit. » Così Valerio Massimo ci ricorda un certo Atilio Filisco, uomo in sua gioventù rotto a impudicizia, che mise a morte sua figlia perchè erasi lasciata deflorare:³ « filiam suam, quod ipsa stupri se crimine coinquinaverat, interemit. » Così lo stesso Valerio ci narra di Cassio il quale fece uso contro suo figlio di questo immane potere, e in circostanze ben degne di

¹ Ant. Rom. ad l. I, 9, § 5.

² De Catil. conj. § 39.

³ Fast. et dict. mem. VI, 1, 6.

esser notate.¹ Trattavasi di un valoroso giovane, già tribuno della plebe, il quale ispirato da sentimenti democratici avea per primo sostenuta la proposta di una legge agraria, e si era procacciato l'amore del popolo: « Tribunus plebis agrariam legem primus tulerat, multisque aliis rebus populariter animos hominum amore sui devinctos tenebat. » Deposto ch'egli ebbe l'ufficio, che fa il padre suo, quel Cassio, che odiava il movimento democratico, ed era geloso del favor popolare goduto dal figlio? Tiene un consiglio di famiglia di parenti ed amici, fa flagellare il figliuol suo, e dannatolo a morte ne consacra a Cerere il peculio: « postquam illam potestatem deposuit, adhibito propinquorum et amicorum consilio adfectati regni crimine domi damnavit, verberibusque adfectum necari jussit, ac peculium ejus Cereri consecravit. » Ho detto esser ben degne di nota queste circostanze, perchè vi dimostrano che nè età, nè rango rendevano il figlio indipendente. Console o tribuno, potente in senato o nel fôro, al rientrare nella soglia domestica risentiva il peso della potestà paterna come il più umile fanciullo: « filiusfamilias si militaverit (ci dicon le fonti²), vel si senator vel consul factus fuerit, manet in patris potestate. »

Voi vedete adunque, o Signori, che non ci si andava di mano morta in questa bisogna. L'opinione di Libanio, che si trattasse solo di una facoltà riconosciuta *comminationis causa*, è smentita dai fatti. Quella dura formola conservataci da Aulo Gellio,³ « utique ei vitæ ne-

¹ V, 8, § 2.

² § 4. I. quib. mod. jus p. p. solv. l. 12.

³ N. A. v. 19.

Certo è da credere che in taluni casi il timore di incorrere in una nota censoria, o nel biasimo della pubblica opinione, ponesse un ritegno ai genitori. Dionigi d'Alicarnasso ci indica appunto l'autorità censoria come possibile freno agli abusi.¹ E talvolta anche accadde che il fatto crudele di un padre sollevasse a tal punto lo sdegno del popolo da spingerlo a una giustizia sommaria, ad una specie di procedura alla *Lynch*, contro l'uccisore del figlio. Seneca² ci narra di un certo cavalier Tricone che appunto aveva fatto il figliuol suo perire sotto la sferza: il popolo ne fu tanto indignato, che lo assalì nel fòro, e lo avrebbe finito se non interveniva lo stesso Cesare Augusto a liberarlo: « Trichonem equitem Romanum memoria nostra, quia filium suum flagellis occiderat, populus in foro graphiis confodit: vix illum Augusti Cæsaris auctoritas infestis tam patrum quam filiorum manibus eripuit. »

Tutto questo è vero: ma tutto questo non toglie che il *jus vitæ et necis*, con tutte quell'altre esorbitanti facoltà che più sopra accennai, e che a fronte di questo eran ben languida, tuttochè sempre enorme cosa, fosse un attributo legale della *patria potestas*. Era dunque un assoluto impero che il padre esercitava nella famiglia: egli era come sovrano: « jus et majestas viri, » così Livio ne esprime l'autorità assoluta. Egli aveva il pieno dominio nella sua casa: persone e cose gli erano ugualmente soggette: « paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet; » è l'energica frase di Ulpiano nel

¹ A. R. XX, 1, vid. *Walter St. del Dir. di Roma*, Trad. *Bollati*, § 510.

² *De Clementia* I, 15.

2. 175 de r. e 54, 12 E Cajo, (I, 35) ebbe ben ragione di dire che quella istituzione aveva stretta indole di giustizia: « quod jus proprium civium romanorum est: fere enim nulli aliis suis homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. »

Vi sono, o Signori, alcuni Autori i quali si sforzano di togliere l'offesa che è fatta in tale istituzione. L'illustre romanista Strigou,¹ che ho tante volte, e tante altre avrà, occasione di citare *honoris causa*, ha detto che in fin dei conti non bisogna giudicare degli istituti giuridici di una nazione prescindendo dai costumi che li completano: la parola della legge romana era dura: aspra, severa era questa *potestas*: ma il legislatore se ne rimetteva ai *mores*, fidando che l'umanità e la delicatezza accompagneranno l'esercizio della potestà paterna. — Belle parole, o Signori: ma che mi fanno risovvenire di que' tali, che pur non potendo disconoscere essere la pena di morte contraria al diritto, ripugnante a giustizia, la vorrebbero conservata nei Codici, rimettendone la non applicazione alla dichiarazione di circostanze attenuanti da parte dei giurati, o alla grazia da parte del Sovrano. Io non intendo così il Diritto: per me un istituto che offenda i sentimenti di natura, che contraddica alla idea di giustizia, è istituto che condanno, quand' anche il trovi ammesso da un popolo che in altri rapporti ha fatto passi da gigante nella via del Diritto. Dò importanza ai *mores*: ammetto i freni che può suggerire l'educazione, che l'opinione pubblica può imporre. Guai se nemmen questi si avessero. Ma non iscusò la

¹ Tr. de Dr. Rom., trad. Guenoux, § 45.

legge che dà il malo esempio di una parola contraddidente a giustizia, e che riveste del manto di legalità un istituto ripugnante a natura. Se così non fosse, dovremmo amnistiare l'istituto della schiavitù, questa brutta pagina non pure del Diritto Romano, ma della Bibbia dell'Umanità, che pur troppo ha lasciato l'orribile suo strascico anche nel mondo moderno.

Ma, già vel dissi, questo stato di cose non rimase immutato. Alcune limitazioni a questo assoluto potere del padrefamiglia furono poste specialmente nel periodo dell'impero. Facciamone insieme lo studio, e per oggi concentriamo le indagini intorno al *jus vitæ et necis*.

Un primo esempio di provvedimento preso contro un padre che usava mali trattamenti verso il figlio suo è quello ricordatoci da Papiniano nel fr. 5 si a par. quis man. sit, 37, 12; e il provvedimento lo si deve all'imperatore Trajano, che costrinse quel padre snaturato ad emancipare il figliuolo: « Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coegit emancipare. » Avvenne che il figlio emancipato potè mettersi assieme un patrimonio, e avvenne che esso premorì al genitore. Questi allora si presentò con cinico ardimento a chiedere la *bonorum possessio* quale *manumissor*. Ma per sentenza di gravi giureconsulti la sua pretesa fu rejeta, perchè la emancipazione impostagli come pena dei mali trattamenti non si dovea tradurre in titolo di diritti: « quo postea defuncto, pater, ut manumissor, bonorum possessionem sibi competere dicebat; sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendæ pietatis denegata est. »

Più tardi, sotto l'imperatore Adriano, un padre aveva

ricevuto il più grave dei torti dal figlio suo, che innamoratosi della matrigna l'aveva ridotta alle sue adultere voglie. Che fece l'offeso? Dissimulò l'ingiuria, e andò col figlio a una partita di caccia: ma tutto a un tratto, colto il destro, in quella caccia lo uccise. Adriano condannò quel padre alla deportazione. È il fr. 5 de lege Pompeja de parr. 48, 9 che registra il fatto e la condanna con queste parole: « Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse. » E la ragion della pena fu questa, che il contegno di quel padre fu piuttosto contegno di assassino, che espressione del *jus potestatis*, e che la *patria potestas* deve informarsi a pietà, non a ferocia: « quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit: nam *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.* »

Belle, sapienti queste ultime parole « *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere:* » rispondono a ragione; sono l'eco della voce di natura. Ma notate, o Signori, una cosa: la condanna proferita da Adriano fu basata sul modo insidioso tenuto dal padre, non già sulla negazione del *jus vitæ et necis* come contenuto della *patria potestas*. Appare da quelle parole, « quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit. » Vuol dire adunque che se il padre avesse dannato il figlio adultero a morte, non insidiando ai suoi giorni come *latro*, ma pronunciando contro di lui sentenza *patris jure*, e come magistrato supremo nella sua casa, Adriano non vi avrebbe trovato nulla a ridire. Vuol dire in una parola che anche allora il *jus vitæ et necis* continuava ad essere un attributo della *patria potestas*.

Bisogna venire all'epoca dei Severi (fine del secondo, e principio del terzo secolo dell'era nostra) per trovare portato un radicale attacco a questo enorme attributo. Omai il padre non può più rendersi giudice supremo dei trascorsi del figlio, e spingere il *jus potestatis* al di là di un moderato castigo correzionale: ma deve ricorrere al magistrato, perchè questi pronunzii sentenza: « inauditum filium (dice Ulpiano nel fr. 2 ad L. Corn. de sic. 48, 8) pater occidere non potest, sed accusare eum apud præfectum præsidemve provinciæ debet. » Vero che l'imperatore Alessandro, dopo aver detto nella L. 3, C. h. t., che il padre ha dritto di castigare moderatamente il figlio perverso, « si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriæ potestatis non prohiberis, » soggiunge che potrà usare misure più forti in caso di pertinace ostinazione, « acriore remedio usus si in pari contumacia perseveraverit; » e che in tal caso lo stesso padre suggerirà al magistrato la sentenza che vuol proferita, « eumque Præsidi provinciæ oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. » Ma vero ancora che quest'ultime parole non vanno intese alla lettera, quasi il magistrato dovesse senza esame controfirmare, ad uso di macchina, l'arbitraria sentenza del padre: o quasi cotale sentenza potesse esser di morte. L'una cosa contrasterebbe troppo colla autorità del pubblico magistrato, per poter essere ammessa. L'altra contraddirebbe alla stessa frase della legge, che parla di rimedio più forte del moderato castigo, « acriore remedio usus, » non di quella pena che, troncando l'esistenza, ogni idea di rimedio fa esulare. A conferma di che parmi si possa citare un breve passo di Macro

nel fr. 13 § 6 de re mil. 49, 16. Si tratta ivi di un figlio disertore dalla milizia, che dal padre è consegnato al magistrato perchè si assoggetti alla pena. Sapete che per tale reato la pena era di morte. Ora udite il mite responso dell'imperatore Pio: — quel disertore, consegnato dal padre, non si metta a morte, ma si condanni a servire in una compagnia di pena, perchè non s'abbia a dire che il padre suo l'ha offerto al supplizio: « desertorem, qui a patre suo fuerat oblatuſ, in deterioſem militiam Divuſ Piuſ dari juſſit, ne videatur, inquit, pater ad ſupplicium obtuliſſe. » Segno queſto evidente (almeno parmi), che il magistrato non avrebbe aſſentito a una condanna di morte che allo ſnaturato padre foſſe piaciuta.

Ma la parola legislativa che tolſe addirittura al padre il *juſ vitæ et neciſ*, fu quella di Coſtantino che ſi ha nella L. un. C. Th. de parric. 9 15. riprodotta nel codice giuſtiniano come L. un. del titolo « de hiſ qui par. vel lib. occid. 9, 17. » La vecchia legge *Pompeja de parricidiis*, di cui parla il titolo 9 lib. 48 delle Pandette, non contempla il caſo del padre che abbia uccioſo il figlio.¹ Percorrete il frammento primo di quel titolo: vi troverete l'enumerazione delle perſone che per l'uccioſione di un'altra poſſono di parricidio imputarſi: non vi troverete il padre in ordine alla uccioſione del figlio. Era naturale: ammeſſo il *juſ vitæ et neciſ*, come attributo della *patria poteſtaſ*, la uccioſione del figlio perpetrata dal padre non potevaſi riguardare e punire qual parricidio. Ma Coſtantino nella citata legge volle anche

¹ Vid. et Pauſ. R. S. v. 24, § 1.

al padre uccisore del figlio applicata la pena: in altri termini cancellò affatto il *jus vitæ et necis*. « Si quis (sono le parole della legge) parentis, aut filii, aut omnino affectionis ejus, quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id enisus fuerit, *pœna parricidii puniatur*. »

Questa pena, secondo l'antico dettato, era delle più stranamente feroci. Modestino la descrive così nel fr. 9 D. de L. Pomp. de parr. Il parricida condannato si flagellava; poi si chiudeva entro un sacco, e gli si davan compagni, un cane, un gallo, una vipera, e una scimmia — anche una povera, innocente scimmia — *innoxia simia*, dice Giovenale, Sat. 13 v. 156. — Il sacco gettavasi in mare; o se il mare era troppo distante, lo si gettava come pasto alle bestie nel circo. Fu una costituzione di Adriano che contemplò e regolò quest'ultimo caso. Tutto ciò impariamo da Modestino. Ve ne leggerò le parole, che fanno ribrezzo: — ma pur troppo le esasperazioni della pena di morte, gli orribili raffinamenti di crudeltà nel sistema penale, non sono cose del solo mondo antico: pur troppo e nel medio evo, e nei secoli posteriori, si studiarono, si analizzarono, si applicarono con una specie di passione artistica le varie forme del soffrire: nè alla sola pena del condannato si fecero servire i tormenti, ma anche ad oggetto d'inquisizione del condannando. I trattatisti ne svolsero la teoria, argomentando acuti: il giudice cristiano ne perfezionò la pratica, e vi associò in mostruoso connubio la religione d'amore. In ogni prigione, a lato dell'orribile raccolta dei tormenti, si vedeva la mite figura del Cristo! Melanconico a pensarsi, ma pur vero! Bisogna scendere

fino a Voltaire, bisogna venire fino a Beccaria, per sentire una potente voce di radicale protesta, per vedere sollevato con robusta mano il vessillo del Diritto, per assistere al nascere, al dilatarsi di quella emozione della coscienza universale che a Sovrani e a Popoli ha imposto di abolir la tortura, e che pur nelle pene vuol rispettata la dignità dell'uomo. E quanto è ancor lungi l'evoluzione dell'idea del Diritto dall'aver raggiunto il suo ultimo grado! Ma speriamo che l'Umanità non si fermerà a mezzo la via. — Or ecco le parole di Modestino: « *pæna parricidii more majorum hæc instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus, deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo, et vipera, et simia, deinde in mare profundum culleus jactatur: hoc ita si mare proximum sit, alioquin bestiis objicitur, secundum Divi Hadriani constitutionem.* » Paolo però nelle R. S. v. 24 ci dice che in pratica non si usava tutta questa complicazione: ma il parricida senz'altro si abbruciava vivo, o si gettava alle bestie: « *hodie tamen vivi exuruntur, vel ad bestias dantur.* »

Or bene: Costantino nella citata legge riproduce l'antica pena: vuole addirittura il sacco, e la comitiva del cane, del gallo, della vipera e della scimmia, e il getto nel mare o nel fiume vicino, « *ut omni elementorum usu (vedete raffinatezza di crudeli propositi) vivus carere incipiat, et ei cælum superstiti, terra mortuo auferatur.* » E Giustiniano trova tutto questo assai buono, e riproduce alla lettera la costantiniana nel § 6 I. de publ. jud. 4, 18!

Strana coincidenza, o Signori, e che non debbo lasciar passare inosservata. Quello stesso imperatore Co-

stantino che aveva cancellato legislativamente il *jus vitae et necis* come attributo della *patria potestas*; che aveva dichiarato parricida il genitore che uccidesse il figliuol suo; che aveva riprodotta l'antica, crudele pena del parricidio: quello stesso Costantino di lì a pochi anni si macchiò le mani del sangue di suo figlio. La legge che vi ho recitata è del 319. Pochi anni dopo ecco quello che accadde. Il maggior figlio di Costantino, Crispo, l'erede presuntivo dell'impero, che gli storici rappresentano come distinto e dabbene giovane, il quale col suo valore e colle sue virtù si era guadagnato il favor popolare, aveva a un tempo destato una cupa gelosia nell'animo del padre. Trattato male da lui, forse si lasciò andare a qualche lagnoso vivace, che i suoi nemici, i cortigiani delatori, riferirono a Costantino, susurrandogli che il figlio congiurasse contro di lui. Portate lo sguardo al Codice Teodosiano Lib. 9 tit. 1 de accusation.; e vi troverete un Editto di Costantino del 325 in cui invita chiunque « *cujuscumque loci, ordinis, dignitatis,* » ad andargli a riferire tutto che ei sappia, e che possa compromettere la sicurezza imperiale: « *intrepidus et securus accedat; interpellet me, ipse audiam, omnia ipse cognoscam, et si fuerit comprobatum ipse me vindicabo.* » E insiste, e ripete « *dicat securus, et bene sibi conscius dicat: et si probaverit, ipse me vindicabo de eo, qui me usque ad hoc tempus simulata integritate deceperat.* » E promette premii ai delatori: e si affida alla *Summa Divinitas* che lo tenga incolume, « *felicissima et florente Republica.* » Questo invito allo spionaggio; questa promessa di premio ai delatori; quella frase che (come ben nota *Gotofredo*) lasciava

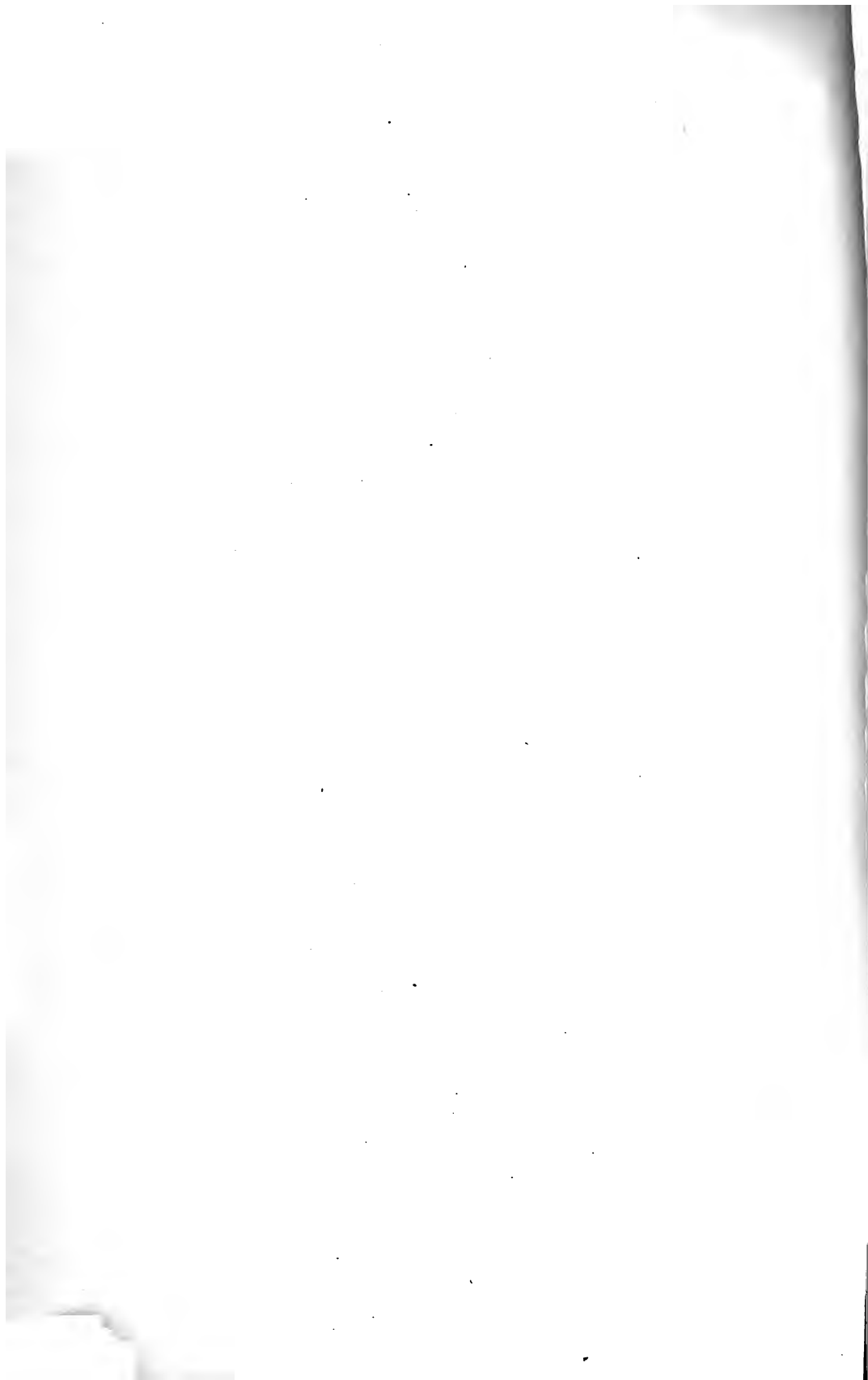
intendere sotto il trasparente velo, che si alludeva a Crispo « si probaverit, ipse me vindicabo de eo, qui usque ad hoc tempus simulata integritate deceperat; » questo Editto indirizzato *ad universos provinciales*; figuratevi se non produsse il suo effetto. Il sotterraneo lavoro della calunnia si compie: si prepara nell'ombra la vendetta e la strage. Nel mezzo di una festa del luglio 326 lo sfortunato Crispo è arrestato per ordine dell'imperatore: gli si fa un corto e privato interrogatorio: tutto si tiene segreto agli occhi del popolo: poi si spedisce sotto forte guardia il prigioniero a Pola, nell'Istria, e là giunto si uccide o per mano del carnefice, o col veleno. E così, o Signori, come nota Gibbon,¹ « Costantino mise da parte la tenerezza del padre, e non assunse l'equità del giudice. » E così (soggiungeremo noi) si compì il funesto presagio di quelle sinistre parole « ipse me vindicabo, » e quella stessa mano che colla L. un. C. de his qui par. vel lib. occ. aveva cancellato pei padri il *jus vitæ et necis*, quella stessa non ebbe orrore di tuffarsi nel sangue del figlio. — Stigmatizziamo l'iniqua contraddizione tra la parola e il fatto: lo merita. Ma teniam nota del movimento legislativo, che segna in questo tema un progresso. — Il *jus vitæ et necis* come attributo della *patria potestas* legislativamente scomparve.

Altre importanti e radicali limitazioni a tale *potestas* furono da altre leggi introdotte. Ne discorreremo, o Signori, nella riunione ventura.

¹ The Decl. et fall of the Rom. Emp. ch. 18.

LEZIONE XX.

[3 Febbraio 1881]



DELLA PATRIA POTESTAS (seguito).

Contenuto ed indole di questo istituto (seguito). — Fasi che subì la facoltà di esporre, di vendere, di dare a nozza i figli.

Se in forza della *patria potestas* il padre aveva facoltà di mettere a morte il figliuolo; se il *jus vitæ et necis* era un attributo della sua sovranità domestica, non è a meravigliare che avesse ancora la facoltà di esporre il figliuolo appena nato per non sottostare al peso del suo allevamento; o di vendere anche il figlio adulto, come avrebbe potuto fare di uno schiavo, per ritrarne un pecuniario profitto; o in fine di darlo a nozza, come risarcimento di un danno che il figlio stesso avesse ad altri recato, danno di cui il padre dovesse rispondere. E tutte queste facoltà contenevansi infatti nel fascio di quegli enormi poteri la cui sintesi era rappresentata da quelle parole — *patria potestas*. — Ma, come il *jus vitæ et necis* s'andò mano a mano restringendo fino alla totale abolizione registrata nelle leggi, così accadde delle tre facoltà che ho testè mentovate. Interessa che ci rendiam conto del movimento legislativo in ordine a questi tre punti, della *infantium expo-*

sitio, della *venumdatio filiorum*, della *noxæ datio*. Certo non son queste le più belle linee del gius romano: certo l'idea santa del Dritto mal si marita ad enormità siffatte. Ma noi dobbiamo studiare la legislazione dei nostri padri, non per farcene i panegiristi ad ogni costo, sì per sceverarne il tristo, coglierne il buono, e rimarcare le tappe che dovette percorrere l'idea del Dritto nel suo laborioso cammino. Ammiriamo nella parte ammirabile, ed è già molto vasta, i monumenti della romana sapienza: non ne dissimuliamo le parti viziate, o mostruose. Fu pietoso in Sem e in Iafet coprire d'un velo la nudità del padre, e sottrarla alla derisione di Cam. Sarebbe stupida cosa nell'anatomico limitare lo studio del corpo umano alle parti attraenti ed estetiche di esso; stupida cosa nello studioso delle leggi stralciare le parti che son testimonio di grandi errori. È il caso di dire collo *Schulting*:¹ « ego nec de gloria populi romani, alteriusve, nec de quoquam commodo laboro: sed quid quaque in re veri sit, vel falsi, id unice adsequi studeo. » L'acquisto della scienza è a questo patto.

I. *Partus expositio*. — Dionigi d'Alicarnasso² ci ha tramandata la memoria di una legge di Romolo, che disdiceva al padre di disfarsi della prole maschile, od ella figlia primogenita, fino a che non avesse raggiunto i tre anni, a meno che si trattasse d'infante avente membra deformi; nel qual caso gli era permesso difarsene, dietro però l'avviso di cinque vicini: « non vetuit istiusmodi monstrosos partus a parentibus exponi; dummodo eos

¹ Ad Ulp. X, 1.

² Ant. Rom. 2.

prius ostenderent quinque vicinis proximis, si et ipsi id comprobarent. » Pena ai contravventori una multa abbracciante la metà dei beni, da devolversi all'erario. Pare adunque che per l'altra prole, e cioè per le femine ultragenite, non vi fosse nemmeno in quella legge l'accennata limitazione.

Di questa facoltà di distruzione dei neonati deformi parlano ancora Cicerone¹ e Seneca,² come di cosa scritta nelle XII Tavole: « portentosos (dice quest'ultimo) foetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrosique editi sunt, mergimus. » E il primo: « deinde cum esset cito necatus, tamquam ex XII Tabulis insignis ad deformitatem puer. »

Di somigliante orribile istituto abbiamo esempi anche in altre nazioni dell'antichità: e non parlo delle barbare, parlo delle più colte, come la greca. Già è risaputo il passo di Plutarco nella vita di Licurgo, ove si dice che questa era legge e pratica degli Spartani, che il neonato « debilem ac distortum amandabant in locum voraginosum propter Taygetum, » perchè consideravano non valere la pena di allevare chi non presentava elementi di forza e di vigore, « quasi nec illi ipsi, nec civitati, qui non esset a primordio ad bonum habitum, neque ad robur comparatus, expediret vivere. » E Aristotele, questo grande filosofo, non dubita di scrivere fra le leggi della sua Repubblica (Lib. 7 c. 16), « de exponendis autem vel tollendis partibus lex esto, ne quid mancum et debile alatur. »

¹ De leg. III, 8.

² De ira I, 15.

Fatto è, o Signori, che l'esposizione del neonato, l'abbandono della prole anche non deforme, fu dai Romani considerata come cosa discendente dal dritto di patria podestà. « Tu ne vestisti queste misere carni, e tu le spoglia, » pareva cosa naturale al punto, che Svetonio ne parla nella vita di Augusto,¹ e di Caligola;² e Tacito nelle *Historiæ*,³ e nel *de moribus Germanorum*.⁴ accenna come a cosa insolita, e pei romani mirabile, che i Giudei e i Germani non abbian costume di « numerum liberorum finire, aut quemquam ex agnatis necare. »

Furono bensì promulgate più tardi disposizioni miranti a dare un'azione di alimenti alla prole in confronto del genitore. È noto il Senatusconsulto Planciano, di cui parla il titolo 3 lib. 25 delle Pandette, « de agnoscendis et alendis liberis. » Ebbe un bel dire Ulpiano nel fr. 5 pr. ejusd. tit. « si quis a liberis ali desideret, vel si liberi ut a parente exhibeantur, judex de ea re cognoscet. » Ebbe un bel ripetere Paolo nel fr. 4 eod. tit. quell'umana sentenza, « necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis misericordiæ causa exponit, quam ipse non habet. » Se tutto questo mirò a dar vita a un'azione di alimenti in linea civile, non colpì di pena gli espositori di infanti, e non valse a sradicare l'inumano costume.

Ne volete una prova, o Signori? Eccola tale da rimuovere ogni dubbio. Siamo all'epoca di Diocleziano e

¹ Cap. 65.

² Cap. 5.

³ Lib. 5, cap. 5.

⁴ Cap. 19.

Massimiano. Un padre non ha voluto saperne di provvedere all'esistenza della figlia, cui esso diè vita. Egli l'ha esposta. Viene essa raccolta da un uomo pletoso, certo Rodone, il quale ne prende cura come di figlia sua. Rodone avea un figlio, che cresciuto insieme alla fanciulla se ne invaghì, e desiderò di sposarla. Contento era il buon Rodone: felici i giovani: e già si apprestavan le nozze. Ma un Mefistofele arriva a intorbidare le cose. Gli è il padre della fanciulla, il quale si oppone alle nozze in forza della sua *patria potestas*, che dice conservata non ostante l'abbandono che avea fatto della neonata. Ricorso di Rodone agl'Imperatori. Io, voi, avremmo risposto, che non si desse alcun pensiero delle pretese di quel padre snaturato, che avremmo mandato a rodersi dalla rabbia e dalla vergogna. Invece gl'imperatori rispondono, che veramente quel padre non ha buon gioco a voler impedire le nozze: tuttavia, se egli assolutamente non vuole che abbiano luogo, e vuol riprendersi la figlia, non gli si può contrastare l'esercizio della *patria potestas*, solo che rimborsi Rodone della spesa degli alimenti fino allora prestati alla fanciulla. Tanto, o Signori, era il superstizioso rispetto della *patria potestas*: tanto era lungi che l'esposizione di infante si riguardasse atto punibile nel genitore! Udite le parole del rescritto che troverete nella L. 16 C. de nupt. 5, 4: « *patrem qui filiam exposuit, hanc nunc adultam sumtibus et labore tuo factam matrimonio conjungi filio tuo desiderantis favere voto convenit. Qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet.* »¹

¹ Vid. et L. 1, C. de inf. exp. 8, 52.

Costantino in parte migliorò, in parte peggiorò questo stato di cose, colla sua legge del 331 che figura come L. 1, C. Th. de expos. 5, 7. Egli stabilì che chi raccolse l'esposto, e n' ebbe cura, possa tenerlo o come figlio o come schiavo « *omni repetitionis inquietudine penitus submovenda.* » Fu migliorato il dritto, in quanto più non si ammise una cinica rivendica da parte di colui che avea abbandonata la propria prole. Fu peggiorato, in quanto si lasciò all'arbitrio del raccoglitore il conservare o no all'esposto la sua qualità di *homo liber*.

Meglio gl'imperatori Valentiniano, Valente e Graziano. I quali con una costituzione che è la L. 2 C. de infant. expos. 8, 52 dissero addirittura, « *unusquisque sobolem suam nutriat. Quodsi exponendam putaverit, animadversioni quæ constituta est subjacebit:* » negata la facoltà di rivendica a chi avea abbandonata la prole, « *nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit.* » E meglio Giustiniano, che nella L. 3 C. eod. ciò ripetendo, stabilì che più non fosse in podestà del raccoglitore di tenersi come schiavo l'esposto, ma lo volle del tutto libero, « *nulla macula servitutis vel adscriptitiæ aut coloniarie conditionis imbuti.* ¹ »

Terminerò questa breve rivista della legislazione riflettente gli esposti col ricordarvi una buona disposizione di Costantino diretta a prevenire che i genitori per povertà si disfaccessero della prole o coll' esporla, o peggio col metterla a morte. È una legge del 315 promulgata per l'Italia, e ripetuta in altri termini per l'Africa nel 322. L'una e l'altra potrete riscontrare nel Codice

¹ Vid. *Noodt de partus expos.*

Teodosiano al titolo *de alim. quæ inopes par.*: ed ivi troverete sancito che il Fisco e il Tesoro privato dell'Imperatore debbano venire in aiuto di colui che « pro paupertate sobolem educare non possit: » « abhorret enim (dice Costantino nella seconda di dette leggi) abhorret nostris moribus, ut quemquam fame confici, vel ad indignum facinus prorumpere, concedamus. » Buona disposizione in quanto rivela una tendenza a sollevare le miserie delle classi povere, ma che ne' suoi pratici risultati dovette per natura stessa delle cose riuscire a un palliativo, più che a una cura efficace del male. Altre in fatti e ben altre che quella della elemosina sono le vie in cui si può trovare la soluzione di questa tremenda questione sociale del proletariato, che anche in seno alla più squisita civiltà odierna, e in mezzo alla meravigliosa moderna industria* che si lascia addietro gli ardimenti romani, e offusca gli splendori dell'Oriente, agita le masse, e s'impone allo spirito di severi pensatori e filosofi come uno dei più formidabili problemi.

Abbiamo visto ciò che si attiene alla *infantium expositio*. Vediamo ora quello che si riferisce all'altra facoltà già racchiusa nella *patria potestas*, voglio dire alla facoltà di vendere o mancipare il figlio.

II. *Venumdatio filiorum*. — Anche questa enorme facoltà rimonta a legge romulea, che, a quanto ci dice Dionigi d'Alicarnasso,¹ aveva espressamente concesso ai padri di vendere la loro prole. Una limitazione però vi introdusse Numa, se dobbiam credere a Plutarco,² e cioè che il consenso prestato dal padre alle nozze del figlio,

¹ Ant. Rom. II, 27.

² In Numa c. 17.

benchè non lo privasse della *patria potestas*, gli togliesse però la facoltà di venderlo.

Codesta vendita poteva farsi all'estero; e si poteva fare all'interno, *inter cives*: in quest'ultimo caso si operava colla forma della *mancipatio*, non altrimenti che se si fosse trattato di uno schiavo, o di una *res Mancipi* qualunque. Venduto all'estero, quel figlio *amittebat civitatem*, e diventava schiavo del compratore, secondo le leggi della nazione cui questi apparteneva. Ciò risulta anche da un passo di Cicerone nell'orazione *pro Cæcina* c. 34. Venduto a un cittadino, non perdeva radicalmente i dritti della *civitas*, e nè tampoco lo *status libertatis* e *ingenuitatis*; ma questi dritti rimanevano sospesi, e in certa guisa latenti per tutto il tempo in cui fosse rimasto sotto il potere dell'acquirente; condizione di cose che era designata collo speciale nome di *mancipium*. « *Esse in Mancipio* » era nel fatto alcun che di simile alla schiavitù: « qui in causa Mancipii sunt (dice Cajo I, 138) *servorum loco* habentur; » ma in dritto la loro posizione se ne differenziava, sia perchè non perdevano la qualità di *persona*, al punto che Cajo scrisse « *admonendi sumus adversus eos quos in Mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere: alioquin injuriarum actione tenebimur* » (I, 141); sia perchè, se venivano manomessi dall'acquirente, non diventavan *liberti*, ma conservavano la condizione di *ingenui*.¹

Nella legge delle XII Tavole non solo fu ritenuta questa facoltà di alienazione della prole soggetta alla

¹ Vid. *Maynz Cours de Dr. rom.* § 423.

patria potestas, ma fu rinforzata. Si concesse al padre di potervi procedere sino a tre volte: e Cajo (I, 132), e Ulpiano (X, 1), ci hanno conservate le parole della legge che eran queste, « *si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto.* » Vuol dire adunque, che la facoltà di mancipare ad altri il figlio in forza della *patria potestas* non rimaneva esaurita con una prima mancipazione. Liberato il figlio dal vincolo del *mancipium* ricadeva sotto la podestà del padre, il quale una seconda volta e una terza poteva ripetere il brutto giuoco. Sol dopo la terza liberazione il povero figlio diventava *sui juris*. La giurisprudenza dovette presto sentire quanto di enorme vi fosse in tale disposizione; e visto che la legge delle XII Tavole parlava di *filium*, interpretò questa parola nello stretto significato di *figlio maschio di primo grado*: sicchè tenne circoscritta a questo la facoltà del padre di procedere a una triplice mancipazione, e non l'accordò rispetto alle figlie, o ai nipoti, che mancipati una prima volta e manomessi dichiarò divenuti *sui juris*. « *Cæteri autem liberi* (dice Ulpiano) *præter filium, tam masculi quam fœminæ una mancipatione manumissioneque sui juris fiunt.* » E Cajo ne adduce la ragione, fondata appunto nella interpretazione restrittiva della parola « *filium* » usata dalla Legge Decemvirale, « *Lex enim XII Tab. tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur.* »

Ma qui sorge, o Signori, una difficoltà che convien dileguare. Com'era dessa possibile, come concepibile questa triplice vendita? Chi aveva acquistato il figlio altrui, mettiamo per cento monete, è mai supponibile lo avesse voluto prosciogliere dal mancipio in cui potea

ritenerlo, e lo avesse voluto prosciogliere non per metterlo in libertà, farne un uomo *sui juris*, e possibilmente stringer con esso dei patti in cui ciascun di loro trovasse ragion d'interesse, ma per farlo invece ricadere nelle mani del padre venditore, e dare a costui la facoltà di rivenderlo ancora?

A togliere cotale difficoltà taluni hanno data questa spiegazione della cosa. Non si tratterebbe di vera vendita: si tratterebbe invece di vendita fittizia, ossia di una formalità, di un simbolo adoperato allo scopo di prosciogliere il figlio dalla podestà paterna, allo scopo cioè della emancipazione. E se si richiese dalla legge decemvirale una triplice ripetizione di tale formalità per rapporto al maschio di primo grado; e se la giurisprudenza si contentò di una sola simbolica *mancipatio* e *manumissio* per rapporto alle femine e ai maschi di grado ulteriore: gli è che più stretto si considerava il vincolo tra padre e figlio di primo grado, che tra padre e figlia, e tra avo e nipote, siccome apparisce anche in altri istituti, p. e. in quello della diseredazione.

Ma cotale spiegazione, accennata fra gli altri da *Jacopo Gotofredo*,¹ non può evidentemente essere ammessa. È ben vero che Cajo ed Ulpiano nei citati luoghi parlano della triplice mancipazione e manumissione susseguente in occasione del volontario scioglimento della patria podestà: è vero che ne parlano come di atto formale e simbolico. Ma la forma, ma il simbolo presuppone la realtà della cosa: nell'ordine logico non meno che nel cronologico prima è la *res*, poi la *factio*: e se

¹ Comm. ad LL. XII Tab. IV.

il rito della immaginaria vendita fu applicato alla emancipazione del figlio, vuol dire che la facoltà di vendita era cosa reale, altrimenti la figura, la *juris fictio* non avrebbe avuto ragion d'essere, sarebbe stata mancante di substrato.¹

Adeguate piuttosto mi pare la spiegazione che trovo accennata dal *Maynz*:² e che consiste in questo. Il padre avea veramente facoltà di vendere il figlio mediante mancipazione reale. Ma a cotale mancipazione poteva mettere la legge che voleva: non sempre trattavasi di alienazione assoluta; poteva dare il figlio in pegno, poteva darlo in *mancipio* perchè durante un certo tempo servisse un suo creditore, ed estinguesse così un debito suo. Si sarebbe allora usata la *mancipatio* con un *patrum fiducia*. Il figlio era alienato: egli era in *mancipio* dell'acquirente: ma scorso quel termine, ma raggiunto lo scopo propostosi dalle parti, il figlio ricadeva sotto la *potestas* del padre; il quale a rigore avrebbe potuto ripetere più e più volte la stessa cosa, se la legge decemvirale non vi avesse posto il limite che Cajo ed Ulpiano ricordano, quando ci dicono « si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto. »

Ma quel che accadde del *jus vitæ et necis*, accadde pure di questa facoltà di vendere i figli, o di darli a pegno o in *mancipio*. Si cominciò nell'epoca imperiale a limitarla, finchè dopo varie oscillazioni scomparve del tutto. Paolo ci dice nelle R. S. v. 1 che già al tempo suo era ben permesso ai padri di locare ad altri le opere dei figli, « operæ eorum locari possunt: » ma non si

¹ Vid. *Schulting* Iur. Antej. ad tit. X, § 1. Fragm. Ulp. nota 5.

² Cours de Dr. Rom. § 410 nota 15.

potevano dare in pegno, o manciparli con patto di fiducia, pena pel creditore sciente la deportazione: « *idem nec pignori ab his, nec fiduciæ dari possunt; ex quo facto sciens creditor deportatur.* » La vendita poi ne era tollerata solo in caso di necessità estrema, salvi sempre i diritti d'ingenuità: « *qui contemplatione extremæ necessitatis, aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non præjudicant: homo enim liber nullo pretio æstimatur.* »

Più tardi, gl'imperatori Diocleziano e Massimiano scrissero una bella pagina nelle loro leggi, colpendo di radicale nullità qualsiasi alienazione del figlio, non sanabile neppure dalla inscienza dell'acquirente. La loro costituzione è la L. 1 C. de patr. qui fil. distr. 4,43, ed è così concepita: « *liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris jure, aut alio quolibet modo, nec sub prætextu ignorantie accipientis, in alium transferri posse, manifesti juris est.* »

Ma ahimè, l'imperatore cristiano Costantino diede uno strappo a questa pagina dei pagani legislatori. Nello stesso titolo trovate la sua legge che permette al padre povero di vendere la sua prole appena nata: « *si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emtor obtinendi ejus servitii habeat facultatem;* » riservata però la facoltà di ricupera mediante indennizzo: « *liceat autem ipsi qui vendidit, vel qui alienatus est, vel cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere, modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro eo ejusmodi præstet.* » Si diede adunque con questa legge un

passo retrogrado: si richiamò a vita un brutto residuo del vecchio giure. E notate che questa legge è del 325, posteriore cioè a quella con cui lo stesso Costantino avea voluto che all'alimentazione dei poveri provvedesse l'erario. Basterebbe ciò solo a mostrare l'inanità di quell'imperiale promessa. Giustiniano riprodusse nel suo Codice questa legge di Costantino, che già figurava come L. un. C. Th. de his qui sanguinolentos 5, 8. Ma poi vedendo che si allargava il mal costume di queste vendite, e dei pignoramenti, e delle locazioni dei figli, le proibì addirittura stigmatizzandole come un'empietà, e stabilendo pene pecuniarie e corporali pei contravventori. Questo egli fece colla Novella 134 al cap. 7. L'ultima parola adunque in dritto giustiniano è parola che cancella quella barbara facoltà che un dì formava parte degli attributi della *patria potestas*.

III. *Noxae datio*. — Un cenno solo dell'altra facoltà di dare a nossà il figlio. Ciò supponeva che questi avesse incontrata *ex delicto* un'obbligazione verso un terzo. Il padre ne era responsabile, come per simile fatto commesso dallo schiavo sarebbe stato responsabile il padrone. Ma e padrone e padre potevano liberarsi da ogni responsabilità cedendo al danneggiato lo schiavo, o il figlio. Ciò chiamavasi *noxae datio*. Or bene: questa facoltà di cui è traccia nel Digesto e nel Codice (IX, 4, — III, 41), fu tolta finalmente da Giustiniano, il quale scrisse nel § ult. I. de nox. act. 4, 8 queste belle parole colle quali chiuderò la lezione presente: « veteres quidem hoc in filiis familias masculis et fæminis admisere. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit.

Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur? cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludat. »

Nella passata lezione abbiám visto, o Signori, le varie fasi subite dal *jus vitæ et necis*, antico attributo della *patria potestas*. In questa abbiám visto le fasi che subirono e la facoltà di esporre, e quella di vendere, e quella di dare a nostra la prole. Analogo è il movimento legislativo per ciò che concerne gli altri poteri che racchiudevansi in questo istituto. Darvene conto, sarà il tema del prossimo discorso.

LEZIONE XXI.

[5 Febbraio 1881]

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito).

Contenuto ed indole di questo istituto (seguito). — Facoltà relativa al *jus familiæ*: al *jus successionis*: al *jus bonorum*. Diritto antico: variazioni successive.

Non le sole facoltà, che esaminammo nei due precedenti discorsi, eran racchiuse nella *patria potestas*: altre ancora ne formavano il contenuto, e di queste procediamo ora allo studio. Tutte o quasi tutte subirono radicali riforme. Renderci conto di cotale movimento legislativo sarà appunto il tema della lezione odierna.

Possiamo queste ulteriori facoltà dividere in gruppi, riannodarle a tre centri. Alcune si aggirano nella cerchia del *jus familiæ*: altre in quella del *jus successionis*: altre in fine in quella del *jus bonorum*.

I. Di due tra quelle facoltà che appartengono al primo gruppo, che riguardano cioè i rapporti famigliali, ebbi già occasione di parlarvi in altri discorsi, quando mi vi chiamava la connessione della materia, la naturale associazione d' idee. Basterà dunque che io qui ve ne rinfreschi la memoria. Intendo parlare della facoltà

che aveva il padre, in forza della *patria potestas*, di opporsi alle nozze del figlio o della figliuola: e della facoltà di disciogliere le già contratte nozze della figlia, se non erano accompagnate dalla *in manum conventio*.

Già vi feci notare nella *lezione 7ª*, che il primo di questi istituti non vuolsi confondere con quello del nostro Codice Civile che sancisce non potere certe persone contrarre valide nozze senza il consenso di altre. Sostanzialmente diversa è di essi istituti la base. L'uno, il nostro, si fonda nella presunzione di esperienza e di affetto degli ascendenti verso la prole, e nel bisogno che questa ha, se troppo giovane, dell'altrui consiglio per compiere uno degli atti più importanti della vita. L'altro, il romano, fondavasi invece nel sovrano potere accentratore che si attribuiva al padre, costituito principe e signore nella famiglia. L'uno ha carattere ed indole di direttivo: l'altro di categorico.

Rimase sempre assoluto, insindacabile l'esercizio di questa facoltà da parte del padre? No: quella *Lex Julia* che tante innovazioni portò nel diritto matrimoniale, v'introdusse anche questa, che l'inconsulto e capriccioso rifiuto del padre al connubio della prole potesse dall'autorità del magistrato cassarsi: « capite 35 Legis Juliae (ci ricorda Modestino nel fr. 19 de r. n. 23, 2) qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere...., per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare. »

E così voi rammentate, o Signori, quello che in ordine all'altra delle accennate facoltà io vi dissi nella *lezione 9ª*. Il padre che aveva data sua figlia in matri-

monio *sine manu*, e che conservava sovr' essa la *patria potestas*, poteva a sua posta disciogliere quel matrimonio, intimare il divorzio. Si trattasse pure di *matrimonium bene concordans*: durasse pure l'unione dell'anime: fossero i coniugi riluttanti alla separazione: se il padre parlava, bisognava rassegnarsi e divortire. È eloquente il lamento che il vecchio poeta Ennio mette in bocca di una figliuola, con quei versi che ebbi altra volta occasione di citarvi:

« Si improbum esse Ctesiphontem existimaveras,

« Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,

« Cur talem invitum, invitam cogis linquere? »

Eloquente il lagnò, stringente l'argomentazione. Ma dritto, umanità e logica abbassavano la loro bandiera al cospetto della tirannica *majestas patris*! Bisogna discendere fino all'epoca dei Severi, per trovare negata ai padri questa enorme facoltà di turbare e sconvolgere in base della *patria potestas* l'ordine della famiglia, e imporre lo scioglimento dei bene assortiti coniugii. A quanto Paolo ci dice (R. S. v. 6 § 15) Antonino Pio fu il primo a sancire questa limitazione, e a pronunciare il divieto: « bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit. »

Ancora alla cerchia dei rapporti famigliari appartiene quest'altra conseguenza della *patria potestas*; e cioè la facoltà di nominare per testamento tutori all'impubere. Codesta facoltà (ci dice Cajo, fr. 1 pr. de test. tut. 26 2) era scritta nella Legge Decemvirale, che la rappresentava appunto quale esclusivo attributo della podestà paterna: « lege XII Tabularum permissum est parentibus

liberis suis sive feminini, sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare. »

Ma qui pure, o Signori, le idee si allargano, e prendono un altro indirizzo. Rimane al padre la facoltà di nominar tutori; ma questa facoltà stessa viene dalla interpretazione dei prudenti estesa alla madre, previa un'indagine da parte del magistrato: e Nerazio può scrivere nel lib. 3 Regularum, da cui è tratto il fr. 2 de confir. tut. 26 3, « mulier liberis non recte testamento tutorem dat; sed si dederit, decreto Prætoris vel Proconsulis ex inquisitione confirmabitur. » E si va più innanzi, ed anche all'estraneo che abbia istituito erede il pupillo, si accorda la facoltà di nominare un tutore da confermarsi dal magistrato: e Paolo può registrar nei suoi scritti questa sentenza che ci è conservata nel fr. 4 eod. tit., « si patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus, non male dicetur iudicium ejus sequendum esse, qui et personam ejus, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita dilexit, ut eum heredem institueret. » L'idea adunque che sorge, e che comincia ad acquistar terreno (come esprime la frase di Paolo « non male dicetur »); l'idea che poi viene con maggior forza riprodotta nel titolo del Codice *de confir. tut.* 5 29; è quella di un più grande peso che si dà alla *utilitas pupilli*. Anche in questo rapporto adunque l'antico rigoroso concetto della *patria potestas* rimette alquanto della sua energia. Ciò che era suo attributo esclusivo si estende ad altre persone, ma lo si estende in vista del vantaggio che al pupillo può derivarne.

II. Nella cerchia del *jus successionis* ecco le due facoltà che voglio farvi rimarcare, quali conseguenze della *patria potestas*. L'una è quella della *substitutio pupillaris*: l'altra, quella dell'*exheredatio*.

Il padre che veniva a morte lasciando un figlio in età pupillare, poteva nel testamento suo disporre che se il figlio stesso cessasse di vivere non uscito per anco d'impubertà, i tali o i tali ne fosser gli eredi. In altre parole, poteva far testamento pel figlio suo, pel caso in cui questi, morendo pupillo, non potesse far testamento per sè. Così fatto modo di disporre chiamavasi *pupillaris substitutio*, ed era una facoltà consequenziale della *patria potestas*, riconosciuta in antico, e rimasta ferma negli stessi ultimi tempi della legislazione romana. Pandette e Codice ne trattano diffusamente; quelle al titolo 6 del libro 28; questo al 26 del libro 6. Giustiniano la riproduce nel 16 del libro 2 delle sue Istituzioni, ove appunto ne fa rimarcare l'antica origine: « moribus institutum est, ut, quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes iis faciant. » E notate che il padre poteva così disporre per testamento non solo quando gli avesse lasciata la sua eredità, ma anche allorquando ne lo avesse privato. Vuol dire che in quest'ultimo caso, se il figlio fosse morto impubere, l'erede nominatogli dal padre con sostituzione pupillare avrebbe raccolto que' beni che al figlio stesso fossero pervenuti *aliunde*. Giustiniano ha cura di rammentarlo, quando ci dice che questa sostituzione può farsi « non solum heredibus institutis impuberibus liberis, sed etiam exheredati..... Itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donatio-

nibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. »

E del resto il padre poteva ad arbitrio suo escludere dalla eredità la prole soggetta al suo potere. Qual meraviglia, se poteva anche ucciderla? « licet eos exheredare, quos et occidere licebat, » è appunto la frase ben incisiva che nel fr. 11 de lib. et post. 28, 2 adopera il giureconsulto Paolo. La formola della legge decemvirale « uti paterfamilias legassit ita jus esto » regnava sovrana: l'arbitrio paterno non trovava nella legge alcun freno: esso poteva spaziare liberissimo, liberissimo estrinsecarsi, indipendentemente da qualsiasi causa che il figlio dato avesse di diseredazione. Ne volete una prova, chiara, indiscutibile? L'avete nel fatto, che il padre poteva diseredare anche il postumo, nel quale davvero non è concepibile pur l'ombra di colpa.

Ma anche codesta facoltà fu variamente temperata dappoi. Già fin dagli ultimi tempi della repubblica o primi dell'impero, si cominciò a sentire che non è indizio di mente sana il diseredare senza causa il figliuolo. « Multa (disse Cicerone¹) oportet esse vitia et peccata filii, quibus parens potuerit animum inducere ut naturam ipse vinceret, ut amorem illum poenitus insitum ejiceret ex animo, ut denique patrem esse sese oblivisceretur. » E Seneca ripeté:² « numquid sanus filium ad primam offensam exheredat? » Una nuova giurisprudenza s'andò formando sotto l'influenza di tali idee. Il testamento contenente un'ingiusta diseredazione, il testamento che fu detto *inofficiosum* perchè « non ex officio pietatis con-

¹ Pro. Roscio am. 19.

² De clementia I. 14.

scriptum » (come Paolo si esprime¹), cominciò a riguardarsi come attaccabile « *colore insanice*: » e il tribunale dei Centumviri, a cui le quistioni di eredità eran portate, cominciò ad ammettere la così detta *querela inofficiosi*, e a rescindere, come fatto in un momento di demenza, un testamento che contenesse questo obbligo dei doveri umani. « Hoc colore (disse Marciano nel fr. 2 de inoff. test. 5, 2) inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. » E Cajo esprime il moralissimo concetto, che era a un tempo la condanna dell'antico arbitrio, con queste sapienti parole, fr. 4 eod.: « non est enim consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt; quod plerumque faciunt maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti. » Da questi esordii mosse quel sistema che nega ai genitori lo sfrenato arbitrio di metter sul lastrico la prole cui essi diedero la vita; quel sistema che contempera l'arbitrio del testatore coi riguardi dovuti alla famiglia; in una parola quel sistema che non pure ai figli, ma ad altre persone congiunte al testatore con certi vincoli di parentela, riserva una parte del patrimonio a titolo di legittima, e che in Dritto Romano ebbe la più marcata espressione nelle celebri Novelle 18 e 115 di Giustiniano.

Non è questo il momento di addentrarci nell'esame dei dettagli di questo istituto. Il momento verrà quando ci volgeremo allo studio del Diritto successorio. Ma intanto notate come anche in questo rapporto la *patria*

¹ R. S. IV. 5, 1.

potestas abbia smesso non poco del suo antico rigore. Al sistema dell'arbitrio è sottentrato quello che riserva ai figli una porzione del retaggio paterno, e che determina le possibili cause di diseredazione. E questa restrizione dell'*arbitrium* guardiamoci dal considerarla come un'offesa alla libertà, come un regresso. Al contrario: il freno al libero spaziare della *voluntas* segna anzi un progresso, quando, come nel caso, è suggerito non dal capriccio del legislatore, ma dalle esigenze dei supremi principii del razionale diritto e della morale.

III. Dei tre gruppi di facoltà racchiuse nella *patria potestas*, che vi accennai al principio di questo discorso, e delle varie loro fasi, vi ho esposto i due primi. Passiamo al terzo, quello che concerne i rapporti nella sfera del *diritto dei beni*.

La vecchia regola era questa. Il figliofamiglia non poteva aver nulla di proprio. Tutto ciò ch'egli acquistasse per questo o per quel titolo, lo acquistava pel padre. Era desso una specie di *instrumentum*, di *organum acquisitionis* per colui alla podestà del quale si trovava soggetto, non altrimenti che lo schiavo lo era in pro del padrone. Questa dura condizione di cose, compresa la parificazione, sotto questo rapporto, dei figliofamiglia e degli schiavi, è in nitidi termini delineata da Cajo (II, 86): « quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex alia qualibet causa adquirant, *id nobis acquiritur*: ipse etenim, qui in potestate nostra est, *nihil suum habere potest*. »

Accadeva però di sovente che il padre accordasse al figlio, come il padrone allo schiavo, una certa quantità

di beni, o una certa somma di valori, da amministrare, sia per avviarlo a professioni lucrose, sia per mettere questo strumento d'acquisto in grado di poter funzionare. Siffatta quantità di beni, che di regola almeno non solea essere assai forte, si designava col nome di *peculium*, e Ulpiano appunto ci dice nel fr. 5 § 3 de pec. 15 1 « *peculium dictum est quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum.* » Ma piccola o grande fosse, quale ne era la condizione giuridica? Questa: la proprietà del peculio rimaneva sempre al padre: « *jure civili* (ricorda Giustiniano nel pr. I. quib. non est perm. fac. test. 2, 12) *omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in parentis bonis computantur, ac servorum peculia in bonis domini numerantur.* » Da un momento all'altro per tanto il padre che aveva concesso al figlio un peculio poteva ritorglielo; « *simul atque noluit, desinit esse peculium,* » è l'espressiva frase di Paolo nel fr. 8 de pec.

Però, finchè durava la concession del peculio, il figlio poteva fare ogni sorta di contrattazione sui beni colle somme che ne costituivano l'oggetto: ma non poteva farne gratuita distrazione, nemmeno se gliene fosse stata concessa l'amministrazione colla più ampia formula: « *filiusfamilias* (dice Ulpiano nel fr. 7 de don. 39, 5) *donare non potest*, neque si liberam peculii administrationem habeat; » e ne adduce la ragione, desunta dalla stessa causa finale del peculio, ossia dallo scopo propostosi dal concedente, che non è quello di far getto del peculio, sì quello di farlo valere; « *non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat.* »

In faccia ai terzi, il padre che avea concesso al figlio suo un peculio era responsabile delle obbligazioni che il figlio contraesse (meno che per mutuo di danaro, atteso il disposto del Macedoniano: fr. 1. Dig. XIV. 6); ma cotale responsabilità si fermava al limite del peculio. Benissimo Ulpiano nel fr. 44 de pec. describe la condizione di colui che in base di un contratto concluso con un figlio di famiglia fosse rimasto creditore. Egli (dice il giureconsulto) sarà creditore di tutta la somma verso il figlio di famiglia: sarà creditore verso il padre sino alla capienza del peculio: potrà quindi esercitare la sua azione *in solidum* contro il figlio di famiglia, azione che per natura stessa delle cose non potrà produrre utili effetti se non quando il figlio divenuto *sui juris* abbia propri beni; ma contro il padre non potrà esercitare l'azione che fino a concorrenza delle forze peculiari: « si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum, et patrem dumtaxat de peculio.

Questo antico istituto del *peculio* nulla dunque toglieva alla verità della massima, che il figlio di famiglia nulla avea di proprio finchè durasse la sua soggezione alla podestà paterna. Vero è bene che come sarebbe divenuto proprietà dello schiavo manomesso il peculio che il padrone manomettente non avesse rievocato, fr. 53 de pec., « si Stico peculium cum manumitteretur ademptum non est, videtur concessum; » così il figlio ne avrebbe acquistata la proprietà, se non glielo avesse rievocato il padre al momento della emancipazione. Papiniano cel dice in espressi termini nel fr. 31 § 2 de don. 39, 5: « pater qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit, et peculium emancipatae non ademit, ex post-

facto donationem videbatur perfecisse. » Ma evidentemente questo non altera la posizione delle cose a potestà paterna durante. Sempre rimaneva vero, che non ostante il peculio, il figliofamiglia, finchè tale, « *nihil suum habere poterat*: — aspra, rigorosa conseguenza, come ben vedete, della *patria potestas* nei rapporti del *Diritto dei beni*.

Ma anche in questa parte la legislazione del periodo imperiale non lasciò inalterate le cose. Alcuni acquisti del figlio si sottrassero all'assorbimento nel patrimonio paterno. Poi quella cerchia si venne mano a mano allargando. A lato del vecchio peculio, che fu detto *profettizio*, e che nulla toglieva al rigoroso attributo della *patria potestas*, altri ne sorsero che ebbero nome di *castrensi*, *quasi-castrensi*, ed *avventizii*, rispetto ai quali non fu più vero, come in antico, che l'idea di figliofamiglia fosse inconciliabile con quella di proprietario. Da quel momento non potè più dirsi « qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. » Come accadde ciò? quali furono in Diritto Romano le principali disposizioni che indussero questo cambiamento così importante nella condizione dei figliofamiglia? Vediamolo con rapidissimi cenni.

Si cominciò da un'idea di favore per la milizia. Già sapete che gl'Imperatori, al fine di propiziarsela, la tornarono di privilegi parecchi. Ebbene: fin dai primi tempi dell'Impero fu ammesso, che tutto ciò che il figliofamiglia acquistasse per cagion di milizia, « quod ipse filiusfamilias in militia acquisivit, quod nisi militaret acquisiturus non fuisset » (come dice il fr. 4 de pec. castr. 49, 17), andrebbe distinto col nome di *castrense*

peculium, e diventerebbe proprietà assoluta del figlio. L'Imperator Marco statui che rispetto a tali beni il figlio famiglia potesse testare: « Divus Marcus constituit (ricorda Ulpiano nei *Fragm.* XX, 10), ut filiusfamilias miles de eo peculio quod in castris adquisivit testamentum facere possit. » Adriano rescrisse che il figlio potesse manomettere lo schiavo facente parte di tale peculio (fr. 19 § 3 de pec. castr.), e che il manomesso diventasse liberto del figlio non del genitore: lo impariamo da Modestino nel fr. 8 pr. de jur. patr., 37, 14, « servum a filiofamilias milite manumissum, Divus Hadrianus rescripsit, militem libertum suum facere, non patris. » Il Senatusconsulto Macedoniano (avverte ancora Ulpiano nel fr. 1 in fin. e fr. 2 de Sc. mac. 14, 5) non trova applicazione per mutui di danaro contratti dal figlio famiglia fino alla concorrenza di tale peculio: « S.C. cessabit usque ad quantitatem castrensis peculii. » In somma, i figli famiglia rispetto ai beni castrensi si considerano come sciolti dalla podestà paterna, e li hanno in loro proprietà assoluta: « cum filiofamilias in castrensi peculio vicem patrum familiarum fungantur. »

Dal campo militare si trasportò il concetto medesimo ad altre sfere: dall'armi alla toga. E così nella L. 4, C. de adv. div. jud. 2, 7 trovate una costituzione di Onorio e Teodosio che mette a paro gli acquisti fatti dal figlio nell'esercizio dell'avvocatura con quelli fatti nella milizia: « advocati, quidquid ex hujusmodi professione, vel ipsius occasione quæsierint, id etiam post patris obitum præcipuum, *veluti peculium castrense*, ad exemplum militum, proprio dominio valeant vindicare. » Così la L. ult. C. de castr. pec. 12, 37, di Teodosio e

Valentiniano, estese il « *jus castrensis peculii* » ai guadagni fatti dagli *scriniarii*, dagli *exceptores*, e da altri pubblici ufficiali nell'esercizio del loro impiego. E la L. 7 C. de bon. quæ lib. 6 61, di Giustiniano, lo estese alle *donationes augustales*; e agli acquisti dei *clerici* la L. 34 C. de episc. et cl. 1, 3 e la Nov. 123, c. 9.

Nè qui si circoscrissero le radicali modificazioni dell'antico diritto. Colle LL. 1 e 2 C. Th. de bon. mat. 8, 18 Costantino volle che i beni materni pervenissero al figlio, sicchè il padre ne avesse soltanto l'usufrutto e l'amministrazione, riservatane la proprietà al figlio quantunque soggetto al suo potere. E questo principio, esteso ad altri casi colle L. 1 a 5 C. de bon. quæ lib. 6, 61, fu poi elevato a regola assoluta da Giustiniano colla L. 6 pr. e § 1 ejusd. tit., in cui sancì, che tutto quanto il figlio acquistasse « *non ex substantia patris*, sed ab aliis quibuscumque causis, » e che perciò ebbe nome di *peculium adventitium*, rimanesse proprietà di lui, usufrutto soltanto ed amministrazione concessi al padre: ben inteso che fermi restavano i maggiori diritti dei peculii castrensi e quasi, in ordine ai quali Giustiniano disse: « *in his enim nihil innovamus, sed vetera jura intacta servamus.* »

Finalmente altre leggi, anche perciò che riguarda certi peculii avventizii, tolsero al padre lo stesso diritto di usufrutto, ed accordarono al figlio la proprietà piena ed intera. Sono questi i casi eccezionali, che le scuole designano colla espressione di *adventitia extraordinaria*. Se il padre ricusa, e il figlio adisce una eredità, è uno di cotali casi: lo stabilì la L. ult. C. de bon. quæ lib. Se un tale lascia alcun che a un figliofamiglia, a patto

che il padre non n'abbia l'usufrutto, la condizione si osserva: così la Nov. 117 c. 1. Se il figlio consuccede col genitore nella eredità del fratello o della sorella, niun dritto di usufrutto spetterà al padre sulla parte afferente al figlio: così la Nov. 118 c. 2. E da ultimo la Nov. 134 c. 11 dispose, « idem est et in his quæ ex lege deferentur liberis, parentibus præsumptibus solvere matrimonium sine causis legibus definitis. »

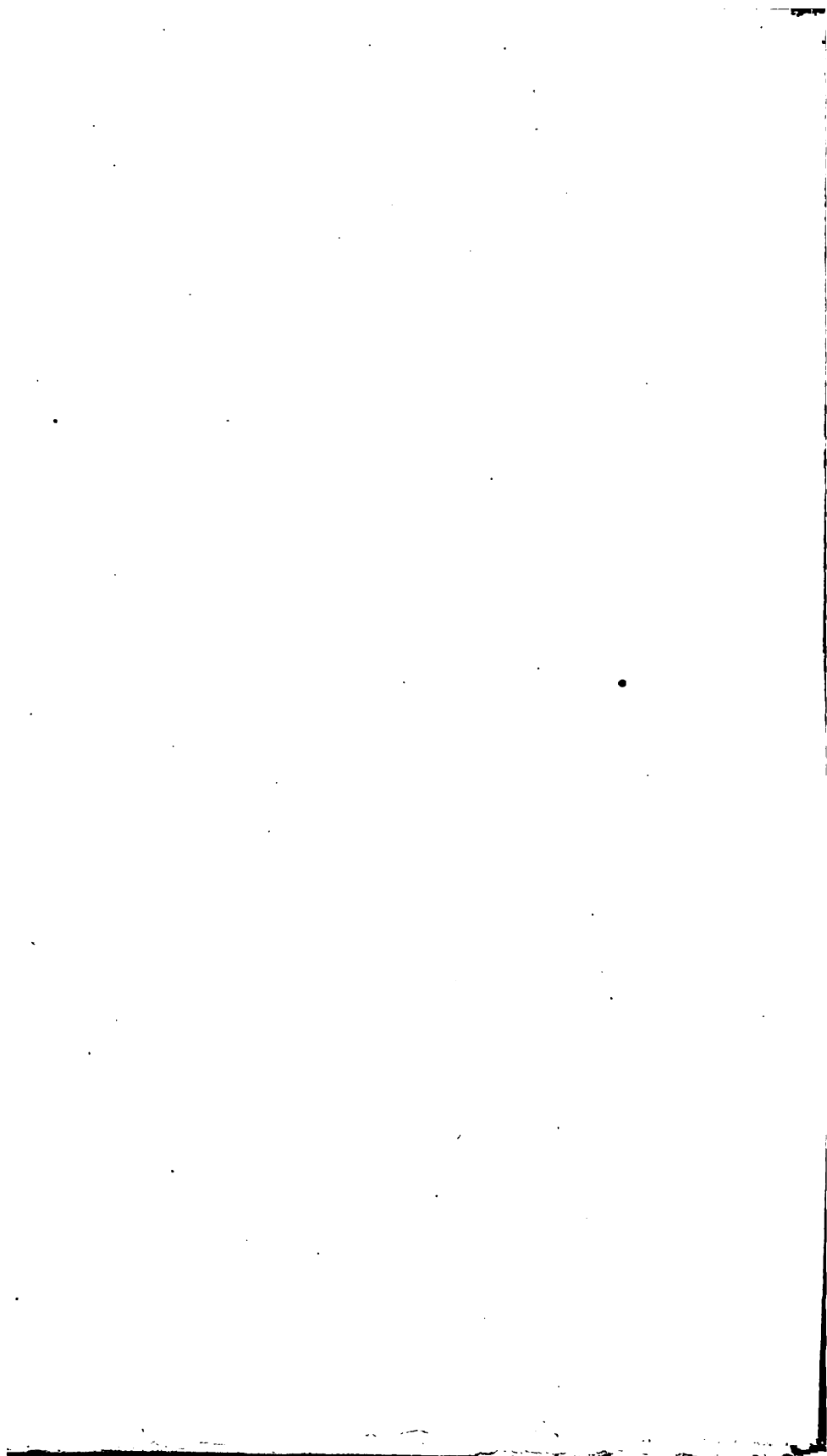
In questo e nei due precedenti discorsi vi ho presentato il quadro del contenuto della *patria potestas*, secondo il concetto romano, e vi ho fatto assistere alle diverse fasi che cotale istituto subì nei diversi momenti della legislazione. Già vel diceva: si comincia con un tipo aspro, severo, quiritario: poi mano a mano il dritto si umanizza, certe crudità scompajono, un nuovo indirizzo si manifesta tendente a qualcosa di più equo e mite, a qualcosa di più conforme alla suprema ragion di giustizia. Da principio il padre è tutto nella famiglia: la sua podestà s'impone sovrana alle persone e alle cose: il suo arbitrio regna assoluto e senza controllo. A poco a poco certi attributi si temperano; altri rimangono obliterati; i figli cominciano ad esser contati per qualche cosa; e a fronte della *majestas patris* i diritti della prole prendono corpo e sostanza, e trovano protezione sotto l'egida delle leggi. Siamo ancor lungi dall'idea moderna, che nell'*auctoritas patris* ravvisa piuttosto una facoltà direttiva, una specie di eminente tutela, che una *potestas*. Anche nell'ultimo stadio della legislazione romana troppi son rimasti residui dei vecchi

attributi. Ma pure un gran passo si è fatto nell' ampia e maestra via del diritto e della giustizia.

Ed ora che conosciamo, o Signori, il contenuto della *patria potestas*, nel suo primigenio concetto e nelle sue modificazioni successive, dobbiam passare allo studio dei modi con cui essa si acquista. Ecco il tema che vi propongo per la riunione vegnente.

LEZIONE XXII.

• [8 Febbraio 1881]



DELLA PATRIA POTESTAS (seguito).

Modi onde si acquista. — a) Procreazione per via di legittime nozze. —

b) Maniere che si rannodano all'acquisto della *civitas*. — c) Legittimazione.

La *patria potestas*, di cui nelle riunioni passate studiammo l'indole e il contenuto, come si acquista? È questo il tema che vi proposi, e al quale richiamo ora la vostra attenzione.

I. Figura in prima linea, ed è ben naturale, la generazione per via di giuste nozze. « In potestate nostra (scrisse Cajo, I, 55, e Ulpiano ripeté, V, 1) sunt liberi nostri, *quos justis nuptiis procreavimus*. » Il figlio adunque che nasce dalla moglie mia, è soggetto alla mia *potestas*, ma a patto ch'io stesso non sia tuttora sotto il vincolo di podestà rispetto a mio padre. Imperocchè in dritto romano nè la matura età, nè le contratte nozze proscioglievano dalla patria podestà chi vi era soggetto. Se per tanto, vivente ancora mio padre, e non essendo io uscito per emancipazione dalla famiglia, avessi preso moglie, e dal conjugio avessi avuto figliuoli, non a me sarebbe competuta su di essi la *patria potestas*, ma al padre mio. La famiglia romana am-

metteva un sol capo: nelle sue mani si accentravano tutti i poteri. Solo alla morte del padre mio, sarebbe sorta per me la *potestas* sulla mia prole. Ulpiano esprime così questo concetto nei fr. 4 e 5 de his qui sui vel. al. jur. I, 6: « qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore ejus nascitur, id est nepos meus et neptis æque in mea sunt potestate: et pronepos et proneptis, et deinceps ceteri. » « Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in filii potestatem, hoc est patris sui: simili modo et pronepotes et deinceps, vel in filii potestate, si vivit, vel in ejus parentis qui ante eos in potestate est. » Ben inteso che tutto questo ha tratto al solo avo o proavo paterno, non già al materno: perchè se il dritto romano ammetteva che si potesse conservare la *patria potestas* sulla figlia andata a marito, non ammetteva che si acquistasse sui figli di lei. Questi appartenevano alla famiglia del padre: era dunque il padre loro, se *sui juris*, o altrimenti il loro avo paterno, che avrebbe su loro acquistata la *potestas*, essenzialmente basata nel rapporto agnatizio, non nel semplice rapporto di cognazione. Gli è quanto accenna Cajo con quelle parole delle Istituta, I, 156, « qui nascuntur, *patris, non matris familiam* sequuntur. »

Ho detto, il figlio che nasce dalla moglie mia, s'io sono indipendente, è soggetto alla mia *potestas*. Come vedete, è questa l'applicazione di quella celebre massima « *pater est quem nuptiæ demonstrant*, » che vediam figurare in tanti luoghi del testo.¹ Rigorosa-

¹ Pr. et § 3, I. h. p. p. I. 9; fr. 6 de his qui sui I, 6; fr. 5 de in jus voc. 2. 4, et alibi passim.

mente non si può nel tema della paternità raggiungere quella certezza assoluta che nella ricerca della maternità può aversi. Qui c' incontriamo in un fatto materiale, sensibile, nel fatto della nascita, che indiscutibilmente designa come madre colei che ha dato alla luce il parto. Là ci troviamo ravvolti nell'ombra e nel mistero: la natura ha coperto d'impenetrabile velo il fatto della generazione. Se l'opera dell'uomo è indispensabile alla fecondazione della donna, nissuno può dire con fisica certezza allorchè nasce un fanciullo, — questi è suo padre; — perchè chi assicura che la donna non sia rimasta fecondata dagli amplessi di un altro? Eppure, la dignità del matrimonio, l'ordine delle famiglie, la necessità di fissare la sorte, di determinare lo stato della prole, dettò ai romani legislatori quella presunzione, alla quale anche i Codici moderni non poterono rifiutare l'ospitalità. Quest' antitesi che si riscontra tra la certezza in fatto di maternità, e l'incertezza in tema di paternità: questo bisogno di ricorrere a una presunzione di legge perchè sparisca cotale incertezza, che sfugge e si sottrae alla prova palpabile del fatto materiale; è benissimo delineata da Paolo con quelle parole del fr. 4 de in jus voc., « mater semper certa, etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est quem nuptiæ demonstrant. »

E notate, o Signori, quanta energia attribuissero i Romani a questa presunzione. Nemmeno l'adulterio della donna, di per sè solo, basterebbe a farla cessare. Tizio ha vissuto maritalmente colla moglie sua: questa si è data ad adulteri amplessi: ne nasce un figlio: può essere figlio dell'adultero, ma può essere ancora figliuol del marito. Incertezza per incertezza, le leggi fanno pre-

valere la presunzione suddetta, e riguardano il figlio come legittimo: « nam (disse Papiniano nel fr. 11 § 9 ad L. Jul. de ad. 48 5) non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti præjudicat, quum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum (*maritum*) patrem habuisse. »

Due cose però debbo qui farvi notare, o Signori, e molto importanti. Una, che cotal presunzione per essere applicata richiede che il *punctum temporis* del fatto generativo coincida col periodo di matrimonio costante. L'altra, che i Romani contornarono quella presunzione di prudenti riserve. Vi spiego l'una e l'altra di queste due cose.

Nasce da mia moglie un figlio, ma nasce dopo brevissimo tempo dacchè io mi sono congiunto con lei. Applicherete voi la presunzione « *pater est quem nuptiæ demonstrant*? » Mi affibberete una paternità ch'io respingo? e al dolore di trovarmi congiunto a donna che pura io credeva, e che non era, aggiungerete anche l'altro di volere ch'io abbia per figlio chi positivamente non fu generato da me? La *nascita* è sì avvenuta *constante matrimonio*: ma la *generazione* è avvenuta prima. Sta bene che quando il fatto della generazione coincide col periodo di matrimonio costante, si ricorra alla presunzione del « *pater est* » per rimuovere quell'incertezza che altrimenti non si potrebbe togliere. Ma qui non sarebbe l'incerto che togliereste: sarebbe il falso cui vorreste dare colore di vero.

Tuttavia anche in tema di coincidenza del fatto generativo col periodo di matrimonio costante, si stabilirono due regole determinatrici. Le dettò l'esperienza

fondata sulla osservazione di leggi fisiologiche. Si notò in fatti che, sebbene di regola il termine ordinario della gestazione sia di nove mesi, pure non di rado accade che il parto edito nel settimo mese di gravidanza sia perfetto e vitale; e così viceversa che la gravidanza si protragga sino al decimo mese. Di qui le due regole cui accennava. La prima delle quali stabilisce, che il figlio nato dopo i 180 giorni, cioè dopo compiuti sei mesi dal dì delle nozze, s'abbia a presumere generato *constante matrimonio*: e l'altra vuole che ugualmente *constante matrimonio* si presuma generato il figlio che nasce entro il decimo mese dacchè il matrimonio fu sciolto. Nell'uno e nell'altro caso pertanto il momento della generazione forse in fatto non coinciderà col periodo di matrimonio costante: ma siccome vi è però almeno incertezza, ossia non vi è apodittica esclusione di sua possibile coincidenza, così le leggi romane (e le moderne le venner copiando) applicarono la presunzione del *pater est, quem nuptiae demonstrant*. »

La prima di queste regole ci è ricordata dal giureconsulto Paolo nel fr. 12 de statu hom. 1, 5, che possiamo citare come uno dei vecchi monumenti da cui appare essersi la fisiologia fatta servire agli scopi della giurisprudenza. Ivi si legge: « septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, *justum filium esse*. » E la seconda ci è ricordata da Ulpiano, il quale scrisse nel fr. 2 § 11 de suis et leg. her. 38, 16 « *post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*; » ciò che manifestamente in-

clude considerarsi come legittimo il parto il quale sia venuto alla luce entro il decimo mese da che il matrimonio fu sciolto.

L'altra cosa, ch'io dissi dovervi far notare, è che i Romani contornarono di prudenti riserve la presunzione che attribuisce al marito il figlio nato dalla moglie sua. In altri termini: non si tratta qui di una *præsumptio juris et de jure*, che mai, in nessun caso ammetta prova contraria; si tratta soltanto di una *præsumptio juris*, la quale dovrebbe cedere innanzi all'evidenza dei fatti. Supponete, per esempio, che il marito sia stato assente per tempo lunghissimo. Quand'egli ritorna, trova che la moglie sua ha partorito da poco. Se le leggi volessero inesorabilmente applicare la formola « *pater est quem nuptiæ demonstrant*, » si farebbero mantengole di vitupero, servirebbero di ègida e scudo a mostruosità flagrante. Ulpiano non mancò di notarlo nel fr. 6 de his qui sui l. 6, ove dopo aver riprodotta la presunzione del « *pater est* » con queste parole, « *filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur*, » soggiunge « *sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium*. » La presunzione ha dunque luogo, quando non vi sia una legittima causa di esclusione: un fatto che dimostri essere dessa contraria al vero. Certo non basterebbe ad escluderla una vaga allegazione da parte del marito: « *non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum*. » Ma se il marito allega e prova una circostanza di fatto che dimostri impossibile la pa-

ternità sua, innanzi alla verità dimostrata dee cedere la presunzione. Cotale circostanza può essere la prolungata assenza: lo abbiám visto colle prime parole del frammento; ma non è la sola: altre ancora potrebbero condurre al risultato medesimo, e Ulpiano le accenna così nell'ultima parte del frammento citato: « sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. »

II. Ma non ci siano giuste nozze tra i genitori: si tratti di figlio nato dall'unione di uomo con donna, non riconosciuta dalle leggi quale matrimonio. Potrebbe mai il padre acquistare su quel figlio il *jus potestatis*? Il Diritto Romano risponde affermativamente: « aliquando evenit (dice Cajo I, 65) ut liberi, qui statim quidem ut nati sunt, parentum in potestate non fiant, *ii postea tamen redigantur in potestatem.* » Interessa che vediamo in quali casi, per quali modi ciò potesse accadere.

Uno di cotai casi si rannoda al disposto della legge *Ælia Sentia*. Non vi è ignoto, o Signori, che sul principio dell'Impero, anno 757 di Roma, fu promulgata questa legge allo scopo di limitare le manumissioni degli schiavi, e di non attribuire che in certe condizioni la cittadinanza ai manomessi. Pochi anni dopo nel 761, la legge *Furia Caninia* completò il sistema. *Ortolan* ne descrive così l'obbiettivo e la causa:¹ « Le guerre di Mario e di Silla, di Pompeo e di Cesare, armando migliaia di

¹ Hist. de Dr. Rom. § 70.

schiavi, avevano popolato Roma di legioni di liberti: le vittorie lontane, cumulando in Italia i captivi, avevano diminuito il loro valore, e moltiplicate la manumissioni: si manometteva per aumentare il numero dei clienti; qualche volta perchè lo schiavo, divenuto cittadino, ricevesse la sua parte nelle distribuzioni gratuite; spesso ancora al momento della morte, perchè un lungo corteo, col berretto di libertà, seguisse il carro funebre. La legge *Ælia Sentia* e la legge *Furia Caninia* portano restrizioni a queste liberalità senza misura. »

Tra l'altre limitazioni della legge *Senzia* era pur questa, che lo schiavo minore di trent'anni non acquistasse per la manomissione stato e qualità di cittadino romano, ma soltanto i *latinitatis jura*. Or supponete, che un tale liberto avesse presa in moglie o una romana o una latina: congiungimento siffatto non sarebbe riguardato quale vero *matrimonium* in senso quiritario; e quindi i figli nati da esso non sarebbero stati soggetti alla *potestas* del padre, perchè questa era un *jus proprium civium romanorum*. Però la stessa legge stabiliva, come impariamo da Cajo (I. 29), e da Ulpiano (Fragm. III. 3), che se quel matrimonio si fosse celebrato « *adhibitis non minus quam septem testibus civibus romanis puberibus,* » e ne fosse nato un figliuolo, e questi avesse compiuto l'anno « *anniculus fuerit,* » quel liberto potesse adire il magistrato (in Roma il Pretore, nelle provincie il Preside), e « *causa probata,* » ed ottenutane sentenza dichiarativa, esso e la moglie sua, diventassero cittadini romani, e la congiunzione loro si trasformasse per ciò solo in *matrimonium iustum*. Era conseguenza di ciò, che anche il figliuolo nato dalla

donna latina¹ acquistava la cittadinanza, e che il padre acquistava sovr' esso la *patria potestas*. La conseguenza ci viene appunto rimarcata da Cajo con queste parole che troverete nelle J. I, 66, e che senza le premesse spiegazioni vi sarebbero riuscite oscure: « si Latinus ex Ælia Sentia uxore ducta filium procreaverit, aut Latinum ex Latina, aut civem Romanum ex cive Romana, non habebit eum in potestate; sed postea *causa probata* civitatem romanorum consequitur cum Latino filio; *simul ergo eum in potestate sua habere incipit.* » Da quelle parole « *causa probata* » si è desunto il nome speciale di questo modo di acquisto della *patria potestas*, e si è detto che in tali circostanze l'acquisto avveniva *per causæ probationem*.

Alquanto diverso è il caso contemplato da Cajo nei §§ seguenti (I, 67-75). Ivi si suppone che un *civis romanus* abbia condotta in moglie una latina, od una forestiera, ma erroneamente credendola romana, e n' abbia avuto un figlio. Guardando alla realtà delle cose, quel matrimonio non è *matrimonium justum*; quel figlio non nasce cittadino, perchè non essendovi *connubium* tra il padre e la madre, il figlio segue la condizione di questa; non sorge adunque pel padre il *jus potestatis*. Ma un Senatusconsulto permise di adire il magistrato, fare la prova di questo errore, e ottenere così la cittadinanza per la madre e pel figlio, convertire in *matrimonium*

¹ Dico « nato da donna latina; » perchè, se da romana, il figlio sarebbe nato cittadino per disposizione di un Senatusconsulto del tempo di Adriano: Cajo I. 30, « si uxor latini civis romana est, qui ex ea nascitur ex novo-senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, civis romanus nascitur. » Vid. et Ulp. III, 3.

justum quel che prima non era che *naturale*, ed acquistare sul figlio la patria podestà: « *ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse.* » Pari cosa era ammessa nel caso inverso, voglio dire di matrimonio contratto per errore tra una cittadina romana e un forestiero; « *item (prosegue Cajo nel § 63) si civis romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi romano, permittitur ei causam erroris probare; et ita filius quoque et maritus ad civitatem romanam perveniunt, et æque simul incipit filius in potestate patris esse.* » Ulpiano sintetizza così le due ipotesi (Fragm. VII. 4): « *in potestate parentum sunt etiam hi liberi, quorum causa probata est, per errorem contracto matrimonio inter disparis condicionis personas.* »

Come nel caso della legge *Ælia Sentia* l'acquisto della *patria potestas* si disse avvenuto *per causæ probationem*, così anche al caso ultimamente espostovi si applicò un proprio nome, e si disse acquistata la patria podestà *per erroris causæ probationem*. Avvertite ora, a compimento di queste notizie, non ignorabili dallo studioso di Pandette, che se la legge *Senzia*, che se l'altro *senatusconsulto* parlavan di *figlio*, non dobbiamo prendere tal voce in senso ristretto, quasi la *causæ probatio*, o la *erroris causæ probatio* si ammettesse soltanto in presenza di figlio di sesso maschile. Cajo ha cura di farci notare nel § 72, « *quæcumque de filio esse diximus, eadem et de filia dicta intelligemus.* » E avvertite altresì questa differenza rimarchevole tra la *causæ probatio*, e la *erroris causæ probatio*. Condizione di ammis-

sibilità della prima era (lo vedemmo) che il figlio avesse compiuto l'anno « *si anniculus fuerit*: » ma per l'ammissibilità della seconda bastava vi fosse un figlio anche appena nato. Lo impariamo dallo stesso Cajo in quest'altro passo del § 73: « *et quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest, cujus ætatis filius vel filia sit, cum senatusconsulto nihil de ea re caveatur.* »

Oltre questi due modi d'acquisto della patria podestà sui figli che non eran nati da *matrimonium justum*, un altro ancora ne ammise il Diritto Romano, e cioè il rescritto del principe, il quale nell'accordare a un forestiero e ai suoi figli il diritto di cittadinanza, poteva ancora decretare che i figli stessi fossero soggetti alla sua *potestas*, non altrimenti che se si trattasse di figli nati da legittime nozze romane. « Si peregrinis (così Cajo ci dice nel § 93 lib. 1. I.) cum liberis civitate romana donatus fuerit, non aliter liberi in potestate ejus fiant, quam si imperator eos in potestatem redegerit. » In tali casi non vi era una regola assoluta che si avesse a seguire: ma si premetteva un esame diretto a vedere se o no, nelle speciali circostanze dei singoli casi, tornasse utile alla prole lo assoggettarla alla podestà del padre; esame che l'Editto di Adriano volle fosse più scrupoloso ed esatto, quando si trattasse di figli impuberi ed assenti: « quod ita demum is facit (prosegue Cajo nel citato luogo) si causa cognita æstimaverit, hoc filiis expedire: diligentius atque exactius vero causam cognoscit de impuberibus absentibusque: et hæc ita edicto divi Hadriani significantur. »

Questi modi di acquisto della *patria potestas* su figli nati fuori *matrimonium justum* si riannodavano — voi

ben lo vedete, o Signori — all'acquisto del *jus civitatis*, e in parte alla legislazione relativa ai manomessi. Ma sotto gl'imperatori cristiani altri e più generali modi si introdussero, indipendenti da cosiffatte leggi, le quali già cominciavano a volgere a decadenza, finchè poi furono da Giustiniano tolte di mezzo colla celebre *const. un. C. de latina libertate tollenda, et per certos modos in civitatem romanam transfusa*, 7, 6.

III. Il più importante di tali modi è quello della *legitimatio per subsequens matrimonium*. Se l'uomo che viveva in concubinato con una donna, e n'ebbe prole, cambia in rapporto matrimoniale quella che era relazione concubinaria, i figli da semplicemente naturali diventan legittimi, il padre acquista sovr'essi il *jus potestatis*, ed eglino alla lor volta fruiscono in seno della famiglia di quei dritti medesimi che competono alla legittima prole. Tale è l'istituto della *legitimatio per subsequens*; che introdotta per primo da Costantino, e dopo essere andata soggetta a varie oscillazioni, che potrete vedere nelle leggi di Zenone, di Anastasio e di Giustino (5, 6, 7 C. de nat. lib. 5, 27), finì per essere ammessa in generali termini da Giustiniano colla *const. 10 C. eod.*, da lui stessa richiamata nel § 13 J. de nupt. I. 10.

Ma il matrimonio potrebbe non essere più possibile, perchè la donna fosse morta, o scomparsa, o resa inabile a contrar giuste nozze. Giustiniano provvide a questa evenienza stabilendo che il padre potesse ricorrere all'imperatore, ed ottenerne un rescritto di legittimazione della prole. Questa adunque sarebbe entrata così nella famiglia *per rescriptum principis*: e il padre avrebbe su di essa acquistato il *jus potestatis*: ma a patto che

egli non avesse altri figli legittimi « si legitimi scilicet non adsint; » così appunto Giustiniano si esprime nella Nov. 74 c. 1, che è quella in cui sanzionò codesta maniera di legittimazione.

Debbo ancora ricordarvi quell'ultima maniera di far diventare legittimi i naturali, che è largamente trattata nelle leggi di Teodosio, di Leone e di Giustiniano (3, 4 e 9 C. de nat. lib.), e che è pure richiamata nel succitato § 13, J. de nupt.: voglio dire la *legitimatio per oblationem curiae*. Ogni città, per poco che avesse d'importanza, aveva una specie di consiglio municipale, che chiamavasi *curia*, i cui membri (*decuriones*), iscritti nell'albo secondo stabilite norme, avevano speciali funzioni, e insieme a pomposi titoli e a vane lustre, responsabilità moltissime e gravi. L'*illustris ordo civitatis*, come in qualche passo è chiamato il *decurionum ordo*, era giunto a tale, specialmente nell'inoltrato periodo dell'impero, che ciascuno cercava di esimersi da una onorificenza la quale poi si risolveva in sostanza in gravissimo peso. Gl'imperatori Leone e Majorano notavano che al tempo loro molti di questi curiali « patrias deserentes, natalium splendore neglecto, occultas latebras et habitationem elegerunt juris alieni. » Nov. Maj. tit. 7. Di qui varie maniere di coercizioni da un lato, di allettamenti dall'altro, per rifornire di nuovi elementi il *decurionum ordo*.¹ Tra questi ultimi figura il privilegio concesso di rendere legittimo (però nei rapporti del padre soltanto, e non della intera famiglia) il figlio naturale che il padre avesse presentato da iscriversi nella

¹ *Willems* le Dr. publ. rom. Liv. 3, soci. 3, § 2.

lista dei decurioni, o la figlia naturale che avesse a un decurione data in isposa, « quid enim interest (dicono gl'imperatori Teodosio e Valentiniano) utrum per filios an per generos commoditatibus civitatum consulatur? et utrum novos lex faciat curiales, aut foveat quos invenit? » Non bisogna credere adunque che questo modo fosse alla portata di chiunque: esso non era accessibile che ai ricchi, perchè il padre che voleva procurare questo, del resto poco invidiabile onore al figlio suo, doveva assicurargli una fortuna che lo rendesse capace di far fronte a tutte le gravi responsabilità della carica.¹

Eccovi adunque, o Signori, il quadro dei differenti modi con cui si originava in diritto romano la *patria potestas*. In prima linea, il modo normale: la procreazione per via di legittime nozze. Poi la *causæ probatio*, e l'*erroris causæ probatio*, e il rescritto del principe. Poi, a partire dagl'imperatori cristiani, la legittimazione, la quale in tre diverse guise poteva effettuarsi, o per susseguente matrimonio, o per rescritto imperiale, o per oblazione alla curia.

Non lasciate però di avvertire una cosa, e con questo pongo termine alla lezione presente. Render legittimo un figlio naturale è sotto certi riguardi un vantaggio: il figlio acquista così i diritti della famiglia; sott'altro rapporto può essere un aggravio, in quanto cioè quel figlio da indipendente e *sui juris* passa a uno stato di assoggettamento alla *patria potestas*. Questa considerazione ispirò quel detto di Modestino nel fr. 11 de his

¹ Vid. Ortolan. Expl. hist. des Inst. de Just. ad § 13 de nupt. 1, 10, e Demangeat, Cours élém. de Dr. rom. vol. 1 pag. 283 e segg.

qui sui 1, 6, « inviti filii naturales, vel emancipati, non rediguntur in patriam potestatem. » Questa stessa considerazione ispirò il dettato della Nov. 89, cap. 11 di Giustiniano.

Ma la *patria potestas* poteva mai acquistarsi su persona nata da altro uomo? Sì: il Diritto Romano ammise l'istituto dell'*adozione*. Come? in quali termini? — lo vedremo nella riunione ventura.

LEZIONE XXIII.

[10 Febbraio 1881]

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito)

Modi d'acquisto (seguito). — *Adozione*. (Dig. de adopt. l. 5; C. 8. 48; J. I. 11).

I modi d'acquisto della *patria potestas*, che studiammo nella precedente riunione, presuppongono che il figlio sia, o per legge si presuma, procreato dal soggetto attivo di essa. Ma la patria podestà può acquistarsi ancora per un fatto giuridico, a cui le leggi attribuiscono virtù di farla sorgere fra persone non congiunte tra loro dal vincolo di figliazione. Questo fatto giuridico è l'*adoptio*: sicchè Modestino scrisse nel fr. 1 h. t., « *filiosfamilias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.* »

E qui due diverse configurazioni di casi possono presentarsi, le quali dan luogo a due differenti specie di adozione. Chè possiam figurare l'ipotesi che il figlio soggetto alla podestà del padre venga dato da questo in adozione ad altri: e possiam figurare invece, che un uomo indipendente si lasci da altri adottare. In quest'ultimo caso è un *caput* che vien meno, un *paterfamilias* che si cancella nella città: è una *patria potestas*, non esistente da prima, la quale per quel fatto si origina e prende vita. Nell'altro, non si tratta di podestà nuova che sorga, ma di podestà già esistente che da uno ad

altro soggetto si sposta: e il numero dei *patresfamilias* rimane nella città qual era.

I Romani, che amavano la precisione e nelle idee e nel linguaggio, attribuirono due diversi nomi a queste due figure di adozione: ritennero il nome generale di *adoptio* a significar quella, per cui un figlio soggetto a patria podestà passa da una ad altra famiglia: *adrogatio* fu il nome che applicarono all'altra, per cui un uomo *sui juris* diventa membro della famiglia di chi lo adotta, e, perduta l'indipendenza propria, si assoggetta alla sua podestà. « Quod *adoptionis* nomen (soggiunge il giureconsulto) est quidem generale: in duas autem species dividitur; quarum altera *adoptio*, altera *adrogatio*. *Adoptantur filii familias: arrogantur qui sui juris sunt.* »

Intravedete già da questo, o Signori, che sotto un certo rapporto l'arrogazione ha un'importanza maggiore dell'adozione semplice. Il fatto di un cittadino che perde la sua indipendenza, che da *caput familie* passa sotto la podestà di altro uomo, che sè stesso e le sue cose assoggetta all'altrui potere, è certamente più grave del semplice passaggio da una ad altra famiglia di colui che e nell'una e nell'altra si trova nella stessa condizione di dipendenza. Non è adunque a meravigliare che altre fosser le forme della arrogazione, altre quelle dell'adozione semplice: non è a meravigliare che più rigorosi si fosse nell'ammetter la prima, più circospetti nell'indagine delle condizioni di fatto onde doveva essere accompagnata, di quello che nell'ammettere la seconda, la quale infine da parte di colui che dava un proprio figlio in adozione ad altri si risolveva nell'esercizio di un attributo della sua *potestas*.

Gli è così, o Signori, che quelle ricerche da istituirsi per vedere se l'arrogazione, e specialmente poi dei pupilli, sia in un dato caso da ammettersi come cosa buona: quelle ricerche di cui Ulpiano vi somministra con tanto acume di concetti, e con tanta eleganza di forme, i criterii nei fr. 15 e 17 h. t.; le vedrete bene applicate al tema di arrogazione, ma le cercate invano là dove di semplice adozione si tratta. Se nella prima si esige un certo controllo dell'autorità pubblica « ne forte turpis causa adrogandi subsit, » come dice Ulpiano, o « ne bona ejus qui arrogatur insidiose appetita sint, » come avverte Aulo Gellio:¹ se in essa si richiede di regola che l'*arrogans* abbia raggiunta quell'età in cui ordinariamente non potrebbe più avere figliuoli, e cioè i 60 anni, perchè se non l'ha raggiunta « magis creationi liberorum studere debet: » se in generale non si permette al « *pauperior* » di arrogare « *ditiores* », a meno che « vitæ ejus sobrietas clara sit, vel affectio honesta nec incognita: » in tema di adozione semplice non troviamo prescritto nulla di somigliante, appunto perchè questa avendo conseguenze meno gravi non si credette necessario circondarla di sì rigorose cautele, e si lasciò che in essa più libero spaziasse l'arbitrio della volontà dei privati.

Questa antitesi dei due tipi di adozione ci si ripresenta marcatissima nella question della forma. Diamovi un rapido sguardo.

L'arrogazione era nei remoti tempi uno degli atti i più solenni. Perchè avesse luogo si richiedeva in ciascun

¹ Noct. Att. v. 19.

caso l'approvazione dei pontefici, la sanzione delle curie: « arrogationes (dice Aulo Gelio) non temere nec inexplorata committentur: nam comitia, arbitris etiam pontificibus, præbentur, quæ curiata appellantur. » L'approvazione dei pontefici: perchè i *sacra privata* dell'arrogando subivano una radicale alterazione. Ciò vi spiega il rimbrotto che Cicerone¹ fa a Clodio, allorchè aspramente censura e stigmatizza siccome nulla la sua arrogazione: « quid sacra Clodiæ gentis? Cur intereunt, quod in te est? Quæ omnis *notio pontificum*, quum adoptare, esse debuit. » La sanzione delle curie: perchè già nella legge decemvirale era scritto « de capite civis, nisi per maximum comitatum, ne ferunto,² » e nella arrogazione trattavasi veramente di un *caput familiæ* che veniva meno, di un cittadino indipendente che, come tale, si estingueva.³ Aulo Gellio⁴ ci ha conservato la grave formola con cui si proponeva ai quiriti radunati per curie l'arrogazione di un cittadino. Ve la leggo, perchè è documento della straordinaria importanza che si annetteva a tale atto: « velitis jubeatis, quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius sibi siet, quam si eo patre matreque familias ejus natus esset: utique ei vitæ necisque in eo potestas siet: hæc ita, uti dixi, ita vos, quirites, rogo. » Di qui il nome di *arrogatio*, « quia (soggiunge l'autore) genus hoc in alienam familiam transitus *per populi rogationem* fit. »

Più tardi scompajono queste antiche forme solenni.

¹ Pro domo sua, 13.

² Cic. de Legibus III, 4.

³ Vid. Heinecc. Ant. rom. I. 11, § 6,

⁴ Noct. Att. v. 19.

La riunione delle curie cade in desuetudine. In loro vece si sostituiscono, quasi a simbolo rappresentativo, trenta littori, « ad speciem (come dice Cicerone¹) atque ad usurpationem vetustatis, per XXX lictores, auspiciorum causa, adumbratæ. » La *lex curiata* è ridotta a un simulacro: negli atti in cui essa si richiedeva comincia a tenerne luogo un semplice senatusconsulto: e Tito Livio lo nota dei tempi suoi.² Però i giureconsulti, anche di epoca posteriore, Cajo,³ Ulpiano,⁴ continuano a dire che l'arrogazione si fa *per populum*; e Tacito⁵ fa parlare così l'imperatore Galba a Pisone: « si te privatus lege curiata, apud pontifices, ut moris est, adoptarem. » Vuol dire adunque che l'arrogazione seguiva a farsi *apud pontifices*, e che l'intervento dei trenta littori, come rappresentanza simbolica delle vecchie curie, teneva luogo dell'antica sanzione popolare, dell'antica *lex curiata*.

Più tardi ancora tutto più marcatamente si accentra nelle mani dell'Imperatore. Al *populus* è il *princeps* che sottentra, e che lo rappresenta. Ebbene: anche l'arrogazione che un dì si faceva *per populum*, comincerà a farsi per rescritto del principe: e gl'imperatori Diocleziano e Massimiano scrivono nella L. 2 C. h. t., « arrogatio ex indulgentia principali facta perinde valeat apud Prætorem vel Præsidem intimata, ac si per populum jure antiquo facta esset. » E nella L. 6 più

¹ De lege agraria contra Rullum II, 12.

² Hist. I, 17.

³ Inst. I, 100.

⁴ Fragm. VIII, § 2 et 3.

⁵ Hist. lib. I, n. 15.

spiccatamente ripetono che le arrogazioni non posson farsi che per consenso sovrano, « arrogatione..... nisi ex rescripto principali fieri non possunt. » E nelle Istituta di Giustiniano (§ 1 h. t.) il *principale rescriptum*, l'*Imperatoris auctoritas* si ripresenta come il definitivo surrogato dell'antica sanzione popolare, che s'richiedeva per dar vita all'*arrogatio*.

E per la semplice *adoptio* quali eran le forme? Assai meno solenni; lo comprendete. Di che trattavasi in essa? Del passaggio di un *filius* da una ad altra famiglia. Il padre che potea venderlo, poteva anche darlo in adozione. E appunto le simboliche forme della *mancipatio*, e susseguente *manumissio* venivano qui adoperate: cioè della *trina Mancipatio*, trattandosi di figlio di primo grado, o di una sola, trattandosi di figlia o di nipote. Lo impariamo da Cajo I, 134. All'atto di parte poneva suggello l'autorità del Magistrato, « *apud quem legis actio est*: » del Pretore in Roma, del Preside nelle Provincie. E anche al tempo dell'impero, caduto già il sistema delle *legis actiones* per la giurisdizione contenziosa, ma rimasto per la volontaria, si potè dire da Gordiano nella L. 1 C. h. t. « hi qui in aliena potestate sunt juxta jus civile non nisi apud eum, apud quem plena legis actio est, adoptari possunt. »

Giustiniano semplificò poi le cose, come in molti altri istituti giuridici, così ancora in questo. Riscontrate la L. 11 C. h. t. Vedrete che Giustiniano mette un poco in canzonatura quelle *mancipationes* e *manumissiones* che egli chiama « *veteres circuitus in adoptionibus*; » e finisce per dire che omai l'adozione semplice non altra forma richiederà che questa, di una dichiarazione *apud com-*

petentem judicem, fatta dal padre che vuol dare suo figlio in adozione « *præsente eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat.* »

Ma se diversa era l'importanza delle due specie di adozione: se differenti ne eran le forme: questo però avean di comune, che l'una e l'altra mirava ad attribuire la *patria potestas* a chi non l'aveva su di una data persona. Di qui alcune conseguenze segnalateci dal testo, e che ora passiamo a notare in breve.

La prima è, che i soli maschi possono adottare. La ragione ne è chiara. Se altro non è l'adozione che un modo d'acquisto della patria podestà: se questa, secondo le idee romane, è attribuito esclusivamente proprio del sesso mascolino; non può far meraviglia di vedere scritto da Cajo (I, 104) e da Ulpiano (VIII, 7), e ripetuto da Giustiniano (§ 10 I. h. t.), « *feminæ neutro modo possunt adoptare, quoniam nec naturales liberos in potestate habent.* »

Però il concetto di questo istituto si venne allargando: e si ammise che l'adozione potesse avere uno scopo diverso da quello di far acquistare la *patria potestas*: lo scopo cioè di recare sollievo all'animo addolorato di chi ha perduto i suoi figli naturali, e non ha più speranza di averne, e lo scopo di far acquistare all'adottato i diritti e la posizione di figlio. Codesti obbiettivi non trovano ostacolo nella incapacità della donna ad avere la patria podestà: possono evidentemente raggiungersi anche senza l'acquisto di essa: allargato così il concetto dell'*adoptio*, si cominciò ad ammettere che in date circostanze anche una donna potesse adottare. Gli è così che nel Codice v'incontrate in un rescritto di

Diocleziano e Massimiano a certa Sira (è la L. 5 C. h. t.), in cui si ripete bene l'antica regola, « mulieres quidem quæ nec suos filios habent in potestate, arrogare non posse certum est, » ma si soggiunge, che desiderando essa Sira di riempire il tremendo vuoto, lasciato dalla perdita de' suoi figli, coll'adottare il figliastro che essa benchè matrigna amava come madre, le si concede di poter ciò fare, non già allo scopo di accordarle la *patria potestas* incompatibile colla qualità di donna, ma a quello di considerarlo come figlio a tutti gli altri giuridici effetti colui che non era tale per natura: « verum quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis vicem legitimæ sobolis obtinere, annuimus votis tuis...., et eum perinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus. » Anzi, come osserva il Maynz,¹ quantunque il *solatium filiorum amissorum* figuri qui come ragione determinante, non pare che fosse condizione indispensabile: perchè il primo esempio che abbiamo di adozione del figliastro da parte della matrigna è quello dell'Imperator Galba, il quale nei suoi primi anni fu adottato da Ocella, che non aveva avuto figliuoli. Ad ogni modo, questa condizione fu poi tolta via dall'Imperatore Leone colla Nov. 27.

Altra regola comune alle due specie di adozione è che l'adottante abbia età maggiore dell'adottato, e tale che nell'ordine naturale avesse potuto essergli padre. Vero che si hanno esempi di adozione in cui questa regola non fu osservata. Così di Eliogabalo si narra avere

¹ Cours de Dr. Rom. § 412 nota 15. — Vid. Sueton. in Galba 4.

adottato Alessandro, mentr' egli appena quattordici anni aveva, e questi dodici — da fanciullo a fanciullo —; ma come dice *Eineccio*¹ « veteres rident hanc adoptionem. » Così ancora il famoso Clodio quando volle aspirare al tribunato della plebe, e dovette per ciò abbandonare la classe patrizia cui apparteneva, si fece adottare da un plebeo più giovane di lui: ma Cicerone vedeva in questo una causa di nullità dell'adozione, « quod hæ vestræ sunt ætates, ut is qui te adoptavit vel filii tibi loco per ætatem esse potuerit. »² Vero altresì che da un passo di Cajo (I, 106) parrebbe si fosse da qualcuno sollevato il dubbio, se codesta regola « an minor natu majorem adoptare possit » tanto all'arrogazione quanto all'adozione si dovesse applicare. Ma Modestino nel fr. 40 § 1 h. t. dà la cosa come sicura: « non tantum quum quis adoptat, sed et quum arrogat, major debet esse eo quem per arrogationem vel per adoptionem filium facit; et utique plenæ pubertatis, id est deceum et octo annis eum præcedere debet. » E Giustiniano, ripetendo la stessa cosa nel § 4 I. h. t., ne adduce appunto questa ragione, « adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est ut major sit filius quam pater. »

Applicando alla lettera questa stessa ragione parrebbe si dovesse dire, che chi è affetto da tale vizio da essere inabile a generare, non avesse a poter diventare padre adottivo. Dove non può esserci il fatto (si potrebbe dire), ivi non può essere l'imitazione: « adoptio enim (insegnò Giavoleno nel fr. 16 h. t.) in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest ha-

¹ Ant. Rom. I. 11, § 9.

² Pro domo sua 14.

bere. » I Romani però non spingevano questa premessa fino all'ultima rigorosa conseguenza. Tra vizio e vizio, portante impedimento alla facoltà generativa, introdussero una distinzione: e mentre dissero incapaci di adottare quegli infelici che furon privati degli organi sessuali, dissero capaci i semplicemente *spadones*. « Spado (così Modestino nel fr. 40 § 2) arrogando suum heredem sibi adsciscere potest: nec ei corporale vitium impedimento est. » E Giustiniano mentre ripete lo stesso nel § 9 I. h. t. con parole desunte da Cajo (fr. 2 § 1 h. t.), afferma l'incapacità dei *castrati* ad adottare: « sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt: castrati autem non possunt. » Vinnio¹ e Pothier² intendono qui per « *spado* » l'uomo affetto da vizio tale che possa sanarsi; e il primo dà appunto questa ragione della discreta del testo: « quia hi (spadones) sublato vitio corporis, liberis procreandis operam dare possunt, » mentre gli eunuchi (soggiunge con frase un po' troppo verista). « neque in testes vim genitalem affundere queunt, neque remedio in his locus. » Non so però come questa interpretazione della voce « *spado* » possa conciliarsi colla definizione che ne dà Ulpiano nel fr. 128 de v. s. 50, 16. Per me credo piuttosto che i Romani riguardassero lo « *spado* » capace di adozione, come il riguardavan capace di matrimonio (fr. 39 § 1 de j. d. 23, 3), non in vista della temporaneità e sanabilità del vizio, ma in vista della non apparenza di esso, contrariamente a quanto avviene negli eunuchi, nei

¹ Ad I. h. t. § 9.

Pand. I. 7 n. 16 in nota.

quali pur troppo è apparente il difetto, « cum tam necessaria pars corporis penitus absit, » per usare la frase di Paolo' (fr. 7 de æd. ed 21, 1.). Di questa opinione è anche *Ducaurroy*.¹

Venne più tardi un altro legislatore, l'imperatore Leone, il quale colla sua Novella 26 ammise anche gli eunuchi a poter adottare. Che mi vanno dicendo (così Leone) che « quos natura ad generandum non idoneos noverit, hos neque legem hoc beneficio affecturam? » Non è la natura, è la malizia umana che ha messo quegl' infelici nella triste condizione di non potere aver figli: « at vero non natura, sed hominum injuria his generandi vim ademit. » Anzi, dacchè l'eunuco non può avere consolazion di figli se non per via di adozione, è (concluse l'imperatore) una ragione di più per accordargliela: « existimo enim illic beneficium magis esse necessarium, ubi ejus impensius requiritur utilitas. »

Vi ho detto più sopra che il concetto dell' adozione si venne allargando: vi ho detto, parlando dell' adozione da parte di donna, che si cominciò ad ammettere un' *adoptio* con altro obbietto che quello di far acquistare la patria podestà all' adottante. Ripigliate ora questa idea: essa vi servirà di scorta a rendervi ragione di un' altra importantissima innovazione introdotta da Giustiniano nel tema dell' adozione semplice. Intendo parlare di quanto egli dispose colla L. 10 C. h. t., riassunta nel § 2 I. eod. L' arrogazione continua sempre a rendere l' arrogato soggetto alla podestà dell' *arrogans*.

¹ Instit. expliquées ad h. t. § 9 n. 187.

Ma in virtù di quella legge l'adozione semplice non produce più questo effetto, se non nel caso che l'adottante sia un ascendente dell'adottato. Se si tratta di estraneo, non accade più lo spostamento della *patria potestas*: essa rimane presso colui che l'aveva: « *jura potestatis patris naturalis minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit.* » Quale obbiettivo ha per tanto in tal caso l'adozione? quello di dar vita a un rapporto di parentela, che spiegherà la sua efficacia specialmente in materia di successione, « *nec in potestate ejus est (prosegue Giustiniano), licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint.* » Perchè innovazione siffatta? Appare dalla citata legge: perchè l'imperatore non volle che l'adottato, perduti i dritti della famiglia naturale, si trovasse esposto al pericolo di perdere per emancipazione anche quelli dell'adottiva, e rimanesse così allo scoperto. « *Tale vitium corrigentes sancimus (così egli si espresse) per adoptionem quidem ad extraneam personam factam, jura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in aliam familiam translatus.*¹ »

Non debbo chiudere la trattazione di questo tema senza richiamare la vostra attenzione alle speciali disposizioni introdotte da Antonino Pio relativamente alla arrogazione di un impubere. Anticamente il pupillo non si poteva arrogare (come Ulpiano ricorda, VIII, 5); e Gellio ce ne dà la ragione (V. 19), « *tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ di-*

¹ Vid. Demangeat Cours élém. de Dr. Rom. vol. 1 pag. 297 et seq.

tioni subjiciant. » Ma Cajo ci ricorda (I, 102) esserci stata una specie di oscillazione in ordine a questo punto: « *impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum*; » finchè un' *Epistola Antonini* elevò a regola che si potesse, ma date certe condizioni: « *nunc ex epistula optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videtur, cum quibusdam conditionibus permissum est*. »

Quali fossero queste condizioni risulta, tra gli altri luoghi del testo,¹ dal § 3 I. h. t. L'indagine sulla causa dell'arrogazione doveva essere più rigorosa nel caso di pupillo, di quello che se si trattasse dell'arrogazione di un pubere, « *exquiritur causa arrogationis, an honesta sit expediatque pupillo*. » L'arrogante doveva di più dare cauzione, che venendo a morire ancora impubere l'arrogato, avrebbe restituito i beni già proprii di esso a coloro, « *qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent*. » Non basta. Se l'arrogante lo emancipasse *sine justa causa*, o se nel suo testamento lo diseredasse, oltre la restituzione dei beni già del pupillo, i quali per l'arrogazione passarono in proprietà del padre adottivo, doveva dargli una quarta parte dei proprii beni, quarta che dal nome del legislatore fu detta « *quarta piana, o quarta Divi Pii*: » « *jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea acquisivit*.² »

¹ Vid. fr. 17 § 1 h. t., L. 2 C. h. t., fr. 13 si quid in fr. patroni 38, 5.

² Vid. *Maynz Cours de Dr. Rom.* § 412 in fin., *Puchta Inst.* § 283.

Gli studj che abbiain fatto insieme in queste ultime riunioni ci hanno fatto conoscere l'indole e il contenuto della *patria potestas*: e i modi con cui prende vita e si acquista tale rapporto. Ci resta anche un punto da studiare intorno ad esso: perchè della *patria potestas* può ripetersi ciò che Ulpiano con formola generale disse d'ogni rapporto giuridico:¹ « aut enim hoc agitur quemadmodum quid cujusque fiat; aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet; aut quomodo alienet aut amittat. » Il Vinnio² tradusse questo eccellente concetto di logica partizione in queste parole, « generaliter in omni parte juris hunc naturæ ductum ex veterum præscripto sequemur, ut initio ab ortu juris cujusque facto, progrediamur ad effecta, ac tandem in occasum ejus atque interitum desinamus. » Abbiamo soddisfatto, quanto alla *patria potestas*, alle due prime di cotali ricerche. Ci resta per tema di studio nella riunione ventura l'ultimo punto, « l'*occasus atque interitus*: » o in altri termini, i modi di cessazione della *patria potestas*, le vie giuridiche per cui il figliofamiglia diventa *sui juris*.

¹ Fr. 41 de leg. 1. 3.

² Part. Iur. lib. 1, c. 2 pr.

LEZIONE XXIV.

[12 Febbraio 1881]

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito e fine).

Dei modi onde si estingue: e specialmente dell' *Emancipazione*. — (Dig. 1. 7; Cod. 8. 49; J. I. 12).

La *patria potestas*, secondo le idee romane, era un diritto avente carattere di perpetuità: voglio dire che di regola essa durava finchè al soggetto attivo di essa fosse durata la vita, e non gli fosse piaciuto di spogliarsene. Forse pure il figlio pervenuto ad età più che matura, fosse investito delle più alte cariche, avesse col senno e colla mano contribuito alla grandezza della repubblica, rimaneva pur sempre soggetto alla podestà del padre suo, e nel mettere il piede entro la soglia domestica doveva, come il più umile fanciullo, inchinarsi alla maestà di questo che Ulpiano così energicamente chiama « *familiae princeps*. » Giustiniano ricorda nel § 4 I. h. t. questo stato di cose colle seguenti parole: « *filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul factus fuerit, manet in patris potestate.* »

Non era che nei rapporti del gius pubblico, che la *majestas patris* cedeva il passo. Ne troviamo in più luoghi e delle fonti nostre, e dei classici, i ricordi. Così per esempio Ermogeniano nel fr. 14 pr. ad S. Trebell.

36, I scrive che il figlio famiglia « quod ad jus publicum attinet, non sequitur jus potestatis. » Valerio Massimo¹ ci narra di Quinto Fabio, uomo consolare « jam pridem primæ autoritatis, et tunc ultimæ senectutis, » il quale andato incontro come legato del Senato a suo figlio Console, e non disceso da cavallo come l'etichetta voleva, perchè niun dei littori aveva osato ordinarglielo, disse al figlio aver fatto così non per disprezzo dell'impero suo, ma per vedere se sapea fare il Console; e soggiunge queste parole che scolpiscono la prevalenza del *jus publicum* sul *privatum*: « nec ignoro quid patriæ venerationi debeatur, verum publica instituta privata pietate potiora judico. » Anche Aulo Gellio² ricorda questo fatto; e ricorda pure l'aneddoto di quel preside di provincia che insieme col padre suo si recò a far visita al filosofo Tauro in Atene. Se ne stava questi seduto « pro cubiculi sui foribus. » Al giunger dei visitatori, si alza, saluta, e si rimette a sedere. Non pare che la casa del filosofo avesse mobiglio ricchissimo, perchè Aulo ci dice, che intanto fu portata una sedia, mentre altre si stavano cercando: « allata mox una sella est, quæ in promptu erat, atque dum aliæ promebantur apposita est. » Tauro invita il padre del preside a prendervi posto: ma egli risponde, « sedeat hic potius, qui Populi Romani Magistratus est. » No, disse Tauro; tu intanto siediti, e filosoficamente disputerem poi della cosa. Viene poi anche l'altra sedia portata, e sedutisi tutti, così Tauro ragionò « graviter simul et comiter, » dice

¹ De fact. et dict. 2 § 3 n. 6.

² Noct. Att. II, 2.

l'autore « in publicis locis, atque muneribus, atque actionibus patrum jura cum filiorum, qui in magistratu sunt, potestatibus collata interquiescere paululum et connivere. Sed cum extra rempublicam in domestica re atque vita sedeatur, ambuletur, in convivio quoque familiari discumbatur; tum inter filium magistratum et patrem privatum publicos honores cessare, naturales et genuinos exoriri. »

Due sole dignità proscioglievano la prole dal vincolo di soggezione alla *patria potestas*. Erano, pel figlio il Flaminato, e per la figlia l'essere ricevuta Vestale. Lo impariamo da Ulpiano (X, 5), e da Cajo (I, 130): « exeunt liberi virilis sexus de patria potestate, si Flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus si virgines Vestales capiantur. » Di questo privilegio, introdotto « *in honorem sacerdotii* » come dice Cajo (I, 145), fa cenno lo stesso Aulo Gellio in altro capitolo delle Notti Attiche, il 12° del libro 1°; capitolo interessante, perchè ci dà dettagliate notizie dei requisiti che si esigevano, dei riti che si seguivano nel ricevimento delle Vestali.

Ma Vestali e Flamini naturalmente scomparvero col cadere della religione pagana. Però Giustiniano trasportò ad altre persone, ad altre dignità, questo stesso privilegio. E primieramente colla L. 5 C. de consul. 12, 3, richiamata e riassunta nel § 4 I. h. t. volle che la dignità del patriziato liberasse il figlio dalla podestà del padre suo: « summa patriciatus dignitas, illico imperialibus codicillis præstitis, filium a patria potestate liberat. » Ed è curiosa ed arguta l'argomentazione dell'imperatore. Se (egli dice) il padre può liberare il figlio emancipandolo, come si dovrà credere che la nostra impe-

riale altezza non pròsciolga dal vincolo di soggezione colui che elevato a dignità di patrizio può considerarsi quasi padre dell'imperatore? « quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate? » Nè si fermò qui Giustiniano, ma colla L. 66 C. de decur. et fil. eor. 10 31, e colla Novella 81, estese il privilegio ai rivestiti di altri alti officii, che dichiarò per ciò solo liberati dalla podestà paterna.

Vi ho detto che di regola cotale *potestas*, se il soggetto attivo di essa non voleva farla cessare, durava per tutto il periodo di sua vita. I casi ultimamente esaminati eran casi eccezionali: erano privilegi di cui o l'antico o il nuovo legislatore volle circondate talune dignità conseguite dal figliofamiglia. Ma di regola non era che alla morte del capo-famiglia che il figlio acquistava l'indipendenza. E anche questo va inteso coll'avvertenza suggerita da Ulpiano (X, 2) e da Cajo (I, 127) e ripetuta da Giustiniano (pr. I. h. t.), cioè che la morte del capo-famiglia rende bensì indipendenti i suoi figli, e quei nipoti che non si trovino preceduti nella famiglia dal padre loro, perchè o già morto, o uscitone per emancipazione; ma non già quelli il cui padre sia ancor vivo e nella famiglia. Per questi in fatti è vero che cessa la podestà dell'avo: ma essi rimangono nel primitivo stato di dipendenza, perchè all'avo il loro padre sottentra: « si mortis avi tempore (come Ulpiano si esprime) pater eorum in potestate ejus sit, mortuo avo in patris sui potestate fiunt. »

Notate qui, o Signori, che alla morte era equiparata la perdita della libertà o della cittadinanza, ossia ciò che dicevasi *maxima* o *media capitis deminutio*: alla morte naturale, la morte civile. È evidente. La *patria potestas* diritto strettamente quiritario, non poteva per natura stessa delle cose continuare a sussistere quando il soggetto attivo di essa era tolto dal novero dei quiriti. Così Paolo vi dice (R. S. II. 25, § 1), « pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate. » Così Giustiniano soggiunge (§ 1 I. h. t.) che il condannato alla deportazione, appunto perchè perde la cittadinanza « ex numero civium tollitur, » non può conservare un diritto esclusivamente proprio dei cittadini, laonde accade che « perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate esse. »

Ma questa regola vuol essere combinata coll'altra conosciuta sotto il nome di *jus postliminii*. Era questo, voi ben lo sapete, una finzione di legge che faceva considerare come non mai stato schiavo dell'inimico il romano che rientrava in patria. Ne tratta estesamente il titolo 15° del libro 49° delle Pandette « de captivis, et de postliminio, et redemptis ab hostibus. ¹ » Si cancellava adunque il tempo intermedio, e il reduce ritornava ai proprii diritti, come se non li avesse perduti mai. Or bene: questo ancora accadeva della *patria potestas*, sicchè ricuperata dal padre la libertà risorgeva il suo diritto riguardo alla prole. Perciò e Ulpiano (X, 4), e Cajo (I 129), e Giustiniano (§ 5 I. h. t.) dicono, che durante la schiavitù del padre presso il nemico « pendet jus li-

¹ Vid. et C. VIII 51, de postliminio reversis et red. ab host.

berorum propter jus postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint omnia pristina jura recipiunt. » Anzi un principio analogo si adottò anche pel caso di perdita della cittadinanza per condanna, seguita poi da grazia sovrana che il condannato rimetta nel pristino stato. Paolo (IV, 8 § 24) disse che in tal caso « idem placuit observari: » e Giustiniano, adottandone il dettato, scrisse nel § 1 I. h. t. « si ex indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt. »

A volte ancora lo scioglimento della *patria potestas*, il passaggio del figlio dallo stato di soggezione a quello di indipendenza, avviene in conseguenza di un fatto imputabile posto da colui che aveva la patria podestà, e che le leggi voglion punito colla perdita di essa. Ebbi già occasione in altro discorso di farvi notare qualcuno di questi casi. Papiniano ricorda nel fr. 5 si quis a par. man. 37, 12, che Traiano costrinse un padre ad emancipare suo figlio, perchè contro di esso usava mali trattamenti e sevizie: « Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coegit emancipare. » Giustiniano colla L. 3 C. de inf. exp. 8, 52 ripeté quello che già scritto avevano Valentiniano, Valente e Graziano nella L. 2 C. eod., e cioè che l'esposizione dell'infante facesse perdere al padre il *jus potestatis*: « nec enim (disser questi ultimi con felicissima frase) dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit. »

Ora prendete nota di queste altre disposizioni: una degl'imperatori Teodosio e Valentiniano: di Giustiniano la seconda. Nella L. 6 C. de spectac. 11, 40 troverete la prima, con cui si stabilisce che se il padre non ha ribrezzo di spingere sua figlia al disonore, possa questa

adire il Vescovo, e rivendicarsi a indipendenza; come il possa la schiava che il padrone volesse prostituire. La giusta e morale sanzione è riassunta in più breve formola nella L. 12 C. de episc. aud. 1, 4 con queste parole: « si lenones patres, et domini, suis fliabus vel ancillis peccandi necessitatem imposuerint, liceat fliabus et ancillis, episcoporum implorato suffragio, omni miseriarum necessitate absolvi. » La disposizione poi di Giustiniano cui accennavo è nella Nov. 12 c. 2. Ivi, stabilite le pene pecuniarie e corporali cui andrà soggetto chi contragga incestuose nozze, si prosegue dicendo, che se vi son figli legittimi di nozze precedenti, a loro si devolvano i beni, ed essi rimangan prosciolti dalla podestà del padre loro: ingiunto però ad essi l'obbligo di prestar gli alimenti al padre, perchè (come umanamente è detto nella legge) sebbene sprezzatore del giusto, padre è pur sempre: « sin autem ex prioribus inculpatis nuptiis liberos, vel nepotes, vel etiam ultiores habent, statim illi paternam hereditatem accipiant, et in poenam patris suæ potestatis fiant; illum tamen alant, eique reliqua necessaria præbeant: quamquam enim legum contemtor et impius sit, tamen pater est. »

Ma abbandoniam questi casi che suppongono il delitto, e portiamo il pensiero a sfere più serene. Il padre è nel pieno possesso dei suoi diritti di cittadino: non si è macchiato di colpa che gli faccia perdere il suo *jus potestatis*: egli potrebbe dunque conservarlo intero fino alla morte sua. Ciò però non toglie che, volendo, egli possa rendere indipendente il figlio, e da soggetto alla patria podestà farlo uomo *sui juris*. Cotale atto volontario ha nelle fonti il proprio nome di *emancipatio*.

Quali eran le forme a seguirsi per arrivare a questo risultato? Anche qui, o Signori, dobbiamo distinguere l'antico dal nuovo diritto: anche qui, come già nelle adozioni, assistiamo in diritto romano a un processo evolutivo: si comincia da atti improntati di un simbolico formalismo: si finisce col sistema di naturale semplificazione.

Per formarci l'adeguato concetto dei prischi modi dell'emancipazione, bisogna risovvenirci di quello che vi esposi in altro discorso: e cioè che il padre avea facoltà di dare per tre volte in mancipio il suo figliuolo, e che soltanto dopo la terza mancipazione, se questi veniva manomesso, diventava *sui juris*. Tutto ciò pel maschio di primo grado: giacchè, come vi dissi, rispetto alle figlie ed ai nipoti la *facultas venundandi* rimaneva esaurita con una prima mancipazione.

Si tratti adunque di un padre il quale voglia prosciogliere il figlio dalla sua *potestas*. Nulla di più naturale in un sistema formalistico, che ricorrere a quella stessa procedura la quale avrebbe servito alla vera vendita, se di vendita si fosse trattato: ricorrere cioè al processo delle *mancipationes* e *manumissiones* successive: se non che qui vi si ricorre in via simbolica, e ingegnosamente si adattano allo scopo cui voglionsi far servire.

Il padre adunque si sarebbe inteso con un amico, e d'accordo sarebbero proceduti a queste operazioni.

Primieramente il padre gli avrebbe mancipato suo figlio con un *pactum fiduciæ* di manomissione. Eseguita questa, e ritornato il figlio *in potestatem patris*, si replicava l'operazione stessa. Poi si ripeteva per una

terza volta daccapo. Il *pactum fiduciæ* nella terza ed ultima *mancipatio* poteva assumere due indirizzi diversi. Si poteva cioè pattuire che l'acquirente avrebbe subito dopo manomesso il figlio per la terza volta *mancipato*: e si poteva pattuire che lo avrebbe rimancipato al padre il quale allora manomettendolo lo avrebbe reso indipendente. La prima di queste due maniere avrebbe importato l'effetto, che il terzo *manumissor* avrebbe acquistato i diritti proprii del manomittente, analoghi a quelli del patrono che donava la libertà al suo schiavo. La seconda delle suddette maniere invece apriva la via al padre di conservare per sè i diritti di *manumissor*. È dunque da credere che questo fosse generalmente l'indirizzo che si sarebbe dato al *pactum fiduciæ* nelle *mancipationes* adoperate come preambolo dello scioglimento della patria podestà. Trattandosi poi di figlia, o di nipote, era lo stesso procedimento che si seguiva, meno la triplice ripetizione.

Forse la formola di questo *pactum fiduciæ* era quella che può arguirsi da un passo di Cicerone (de off. 3 15): « ego vero hunc filium meum tibi mancupo, ea conditione, ut mihi emancupes, ut inter bonos agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder. »

Del resto, tutto questo complicato procedimento a cui accenna Ulpiano nei *Fragm.* X, 1, e che vi dà la ragion del nome « *emancipatio* » applicato a questo modo di rendere indipendente o *sui juris* un figliofiglia, è largamente tratteggiato e descritto da Cajo nel § 132 del lib. 1 Inst., che bisogna completare con quanto si trova nell'Epitome dello stesso giureconsulto lib. 1, tit. 6, § 4.

Ma l'imperatore Anastasio con una sua costituzione del 502, che troverete al Codice come L. 5 h. t., additò ai padri, i quali volessero emancipare i figliuoli, una più semplice via per ottenere lo scopo. E la via fu quella d'invocare un rescritto imperiale, « supplicationibus porrectis mereri super hoc divinum oraculum » (*divinum oraculum* è il solito frasario di questi imperatori che si riguardavano modestamente come qualcosa di divino), e il rescritto ottenuto « apud competentem judicem insinuare. » Come vedete, Anastasio non scrisse la vecchia forma: ne introdusse una nuova, senza escluder la prima.

Venne poi Giustiniano, il quale, per ciò che concerne le forme della emancipazione, fece quello che già fatto aveva nell'anno precedente quanto alle forme della adozione: tolse via cioè la forma classica, e stabilì che omai l'emancipazione si facesse o col metodo tracciato dall'anastasiana, o più semplicemente con una dichiarazione emessa innanzi al competente magistrato. Questa legge di Giustiniano, del 531, è la L. 6 C, h. t. Voi ricordate, o Signori, con quale disprezzo l'imperatore parlò delle vecchie forme dell'adozione, che qualificava di *veteres circuitus*. Con disprezzo non minore trattò egli le vecchie forme della emancipazione. Uditene il linguaggio: « quum inspeximus, in emancipationibus vanam observationem custodiri, et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles, et injuriosa rhapsimata,¹ quorum nullus rationabilis invenitur exitus, jubemus hujusmodi circuitu in posterum

¹ Vid. *Gothofred.* in h. vocem.

quiescente, licentiam ei esse qui emancipare vult, ex lege Anastasiana hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare competentis judicis tribunāl...., et filios suos..... a sua manu dimittere. » Tutto questo poi venne egli riconfermando con altri termini nel § 6 I. h. t., in cui richiamò la suddetta costituzione con queste, al solito, orgogliose parole, « nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit. » Certo la semplificazione delle forme fu cosa buona: ma buono ancora, mi pare, sarebbe stato da parte del legislatore un più modesto e temperato linguaggio.

Quattro cose io voglio qui farvi notare, o Signori, a complemento di ciò che riguarda il tema dell'emancipazione.

La prima è, che quando si trattasse di figlio capace di manifestare il consenso, questo consenso richiedevasi, o almeno si esigeva che non vi fosse dichiarazione di opposta volontà. « Filiusfamilias emancipari invitus non cogitur, » avea già scritto Paolo nelle R. S. II 25 § 5. Anche Anastasio nella riferita sua costituzione volle la prova che al « *propositum parentis* » consuonasse la « *voluntas filii*, » a meno che si trattasse di *infantes*, « qui et sine consensu (com'egli disse) etiam hoc modo sui juris efficiuntur. » E Giustiniano ripeté nella Nov. 89 cap. 11, che « invitis liberis potestatem solvere patribus non licet. »

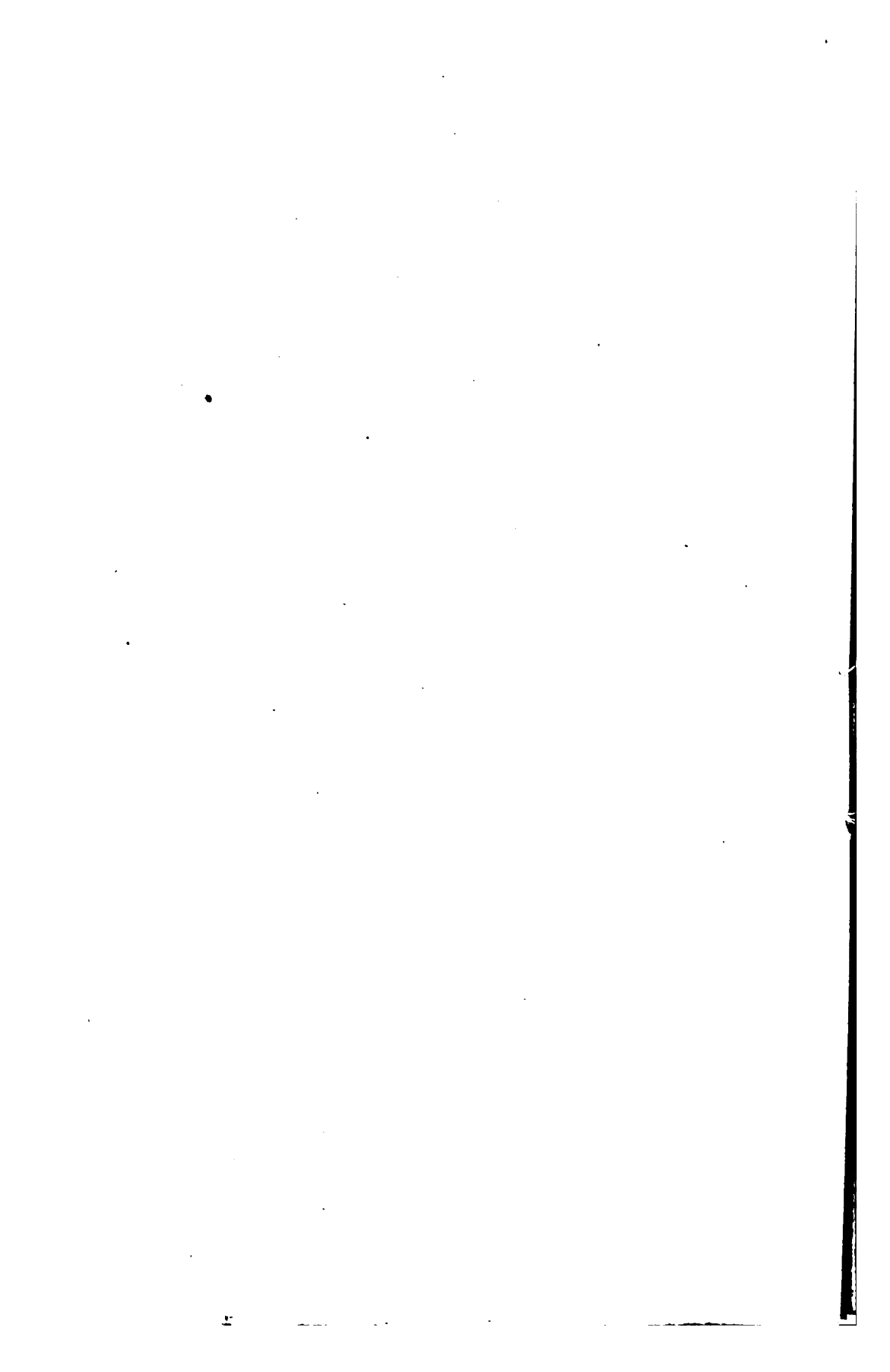
La seconda cosa da notarsi, la quale serve a dar ragione della precedente, è che se l'emancipazione presenta da un lato il vantaggio pel figlio di farlo diventare *sui juris*, presenta dall'altro il danno di farlo uscire dalla famiglia a cui apparteneva. Gravissimo danno, spe-

cialmente nell'antico diritto, in cui disciolto per la *minima capitis deminutio* il rapporto agnatizio, tutti i diritti che cotale rapporto esigevan per base, fra gli altri gl'importantissimi diritti successorii, si perdevano dall'emancipato. Il Pretore còrresse in gran parte, e temperò questo svantaggio. Meglio provvide il diritto nuovo, che basò sul rapporto della *cognatio* la successione intestata. Di questo punto ci occuperemo, e coi necessari sviluppi, quando tratteremo del Diritto successorio.

La terza cosa è, che l'emancipazione oltre allo sciogliere il figlio dalla *potestas patris*, ha un'influenza marcata nella cerchia del *jus bonorum*. Già vi indicai in altro proposito, che se il padre aveva concesso al figlio un peculio profettizio, e al momento della emancipazione non gliel ritoglieva, quel peculio diventava proprietà dell'emancipato. Introdotti dappoi i *peculii avventizii*, una legge di Costantino aveva ordinato che il padre emancipante un figlio, il quale avesse uno di tali peculii, acquistasse la proprietà della terza parte di esso quasi « *remunerationis gratia*, » ossia a premio del beneficio fatto al figliuolo col renderlo indipendente. Ma qui pure Giustiniano portò la mano innovatrice. E in quella stessa costituzione, in cui richiama la costantiniana, L. 6 § 3 C. de bon. quæ lib. 6, 61, stabilisce che il padre emancipante non acquisti già la terza parte della proprietà degli avventizii, ma abbia salva per sè la metà dell'usufrutto: ben inteso che questo diritto non si estende ai peculii *castrensi* o *quasi*, « *quibus nihil ex hoc causa minuitur*. » Tutto questo è da Giustiniano stesso riprodotto nel § 2, I. per quas pers. cuique acq. 2, 9.

L'ultima cosa è, che una costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano, la quale figura come L. un. C. de ingr. lib. 8, 50, riferendosi a precedenti leggi, assoggetta a revoca l'emancipazione se il figlio emancipato si è reso colpevole d'ingratitude verso il padre suo. Ecco le parole della costituzione: « filios et filias ceterosque liberos contumaces, qui parentes vel acerbitate convicii, vel cujuscumque atrocis injuriæ dolore pulsassent, leges, emancipatione rescissa, damno liberatis immeritæ mulctari voluerunt. »

Anche il tema della patria podestà abbiamo esaurito. E' così ho compita la trattazione di quei temi, riferentisi al *Jus Familiae*, che nell'intraprendere il corso vi proposi come subbietto della prima parte di esso. Innanzi di passare alla seconda, e cioè allo studio di temi riguardanti il *jus successionum* (lo che farò alla ripresa delle Lezioni dopo il periodo delle imminenti ferie), penso di intrattenervi — quasi ad appendice del trattato esposto — di quel titolo con cui finisce il libro XXV delle Pandette. Intendo cioè di parlarvi del *concubinato*, e della *condizione dei figli naturali*: e questa, che era pure tra le cose promesse fin dal primo discorso, sarà il tema che svolgerò nella riunione ventura.



LEZIONE XXV.

[11 Febbraio 1881]

DEL CONCUBINATO, E DELLA CONDIZIONE DEI
FIGLI NATURALI. (Dig. XXV, 7. — Cod. 5,
26, e 27).

A lato del matrimonio, il concubinato: a lato di quella istituzione severa destinata ad unire due anime, a dare alla donna dignità di matrona, e a renderla orgogliosa di arricchire di legittima prole la famiglia e la patria, — quest'altra maniera di coabitazione con una donna, basata in null' altro che nella simpatia forse passeggera, e in quel bisogno che ha l'uomo, anche ripugnante al vincolo matrimoniale, di non menar vita solitaria nella deserta casa.

Che questo in fatto accada, non è far meraviglia: bisognerebbe non conoscere l'umana natura. Ma ciò che fa senso è il vedere una legislazione che eleva il concubinato al grado di istituzione in certo modo riconosciuta e legale. Eppure gli è quel che avvenne in Diritto Romano. L'unione dell'uomo colla donna, fuori di matrimonio, purchè soddisfacesse a certe condizioni, assunse qualità di congiunzione permessa, e il concubinato ebbe rango di istituzione riconosciuta — « *concu-*

binatus per leges nomen assumsit, » — come scrisse Marciano nel fr. 3 § 1 h, t.

Come si giunse a questo? quale fu il movente del legislatore?

Bisogna che ci riportiamo, o Signori, al momento della pubblicazione delle Leggi Giulie. La scostumatezza regnava in larga scala nel mondo romano. Gli esempi di turpitudine segnalati da Giovenale nella sesta satira dovevano essere ben frequenti, se non solo Ovidio¹ chiama rustico il marito che si tiene offeso dei torti fattigli dalla moglie adultera, « *Et notos mores non satis urbis habet*; » non solo Marziale² canta « *Quæro diu totam, Safroni Rufe, per urbem, Si qua puella neget: nulla puella negat*: » ma Plinio³ sull' autorità del grave Pisone ci dice, che già al tempo della censura di Messala e di Cassio la pudicizia se n'era ita, « *a quo tempore pudicitiam subversam*; » e Seneca⁴ non trova per la propria madre lode maggiore che quella di dirla esente, a differenza del maggior numero delle donne, da vita impudica, « *nec te maximum sæculi malum, impudicitia, in numerum plurium adduxit*. » L'avversione alle nozze era omai tendenza comune: le relazioni estralegali minacciavano di diventar la regola: e se la Suburra apriva le sue *fornices* allo sfogo di grossolani appetiti, gli adulterii e gli stupri, e qualcosa di peggio, eran di moda tra le raffinatezze del mondo elegante.

¹ Ann. III, 4 v. 37.

² Epigr. IV. 71.

³ Hist. Nat. XVII, 245.

⁴ Ad Helviam matrem 16.

Le leggi Giulie (voi lo sapete) cercarono di mettere un freno al mal costume. Quella *de adulteriis coercendis* minacciò pene gravissime pei congiungimenti che offendevano la ragion di natura, come gl'incesti, o la fede conjugale, come gli adulterii, o il pubblico decoro, come la seduzione o lo stupro di donna ingenua ed onesta. Quella *de maritalibus ordinibus*, completata poi dalla *Lex Papia Poppæa*, allettò ai maritaggi con un combinato sistema di premi e pene, e al tempo stesso vietò a certe categorie di persone di scegliersi la moglie tra certe altre categorie. Da un lato si voleva adunque una moltiplicazione di matrimonii: ma dall'altro, coll'idea di rialzarne la dignità, non si avevano per giuste nozze i congiungimenti, mettiamo, di un senatore con una libertina, o di un ingenuo con donna venuta di non onesto luogo. A temperare questo rigore, e a rendere men frequenti, se possibil fosse, gli adulterii e gli stupri, le stesse leggi permisero sotto certe condizioni il *concubinato*, ed autorizzarono tra uomo e donna una *consuetudo vitæ*, un rapporto sessuale che, senza essere il *matrimonium justum*, ne fosse direi quasi un'imitazione.

Sotto certe condizioni, io dissi: importantissima quella concernente la condizion della donna, colla quale relazione siffatta si volesse stabilire. Le sole libertine, o schiave,¹ e tra le ingenue quelle soltanto di riputazione perduta, potevansi liberamente prendere in concubinato. « In concubinatu (disse Marciano nel fr. 3 pr. h.) potest esse et aliena liberta, et ingenua, maxime ea quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit. »

¹ Vid. fr. 38 de reb. auct. jud. possid. 42, 6.

E poichè sovr' esse non cadeva il crimine di stupro,¹ Ulpiano formolò la regola così nel fr. 1 § 1, « cum Atilicino sentio et puto, solas eas in concubinato haberi posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur. » Per verità anche l'ingenua avrebbe potuto mettersi in relazione di concubinato con un uomo: ma allora si sarebbe richiesta una dichiarazione espressa; giacchè in caso diverso, o l'uomo consentiva ad averla qual moglie, e la relazione non sarebbe già stata quella di concubinato, ma quella di nozze: o ricusava, e non avrebbe schivata la pena di stupro. È lo stesso Marciano che questo ricorda nel citato fr. 3 pr., « alioquin si honestæ vitæ et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, sed necesse est ei vel uxorem eam habere, vel hoc recusante eo stuprum cum ea committere. »

Certamente un'ingenua rimetteva della sua riputazione accontentandosi di essere la concubina di un uomo. La dignità di *materfamilias* mal si acconciava alla qualità di concubina, tranne se si trattasse della relazione concubinaria della liberta col patrono: ond'è che Marcello disse nel fr. 41 § 1 de r. n. 23, 2, « si qua in concubinatum alterius, quam patroni tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse eam dico. » Ma se un'ingenua consentiva a mettersi in relazione siffatta, non ne veniva impedita, sol che ne facesse espressa dichiarazione.²

Coerente a queste idee era la massima attestataci

¹ Fr. 34 pr. ad L. Jul. de adult. 48, 5.

² Contra *Noodt* ad Pand. h. t. circa fin.

da Modestino nel fr. 24 de ritu nupt., e cioè che la convivenza di una donna onesta ed ingenua con un uomo, senza che vi fosse quella espressa dichiarazione delle parti di voler vivere in concubinato, si presumeva a titolo di matrimonio: « in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fecerit. » E così Papiniano ci dice nel fr. 31 pr. de donat. 39, 5, che il decidere se la relazione tra un uomo e una donna sia di matrimonio o di concubinato dipende, in mancanza di dichiarazione, dalla qualità delle persone, perchè rispetto alla donna onesta ed ingenua si presumerà il matrimonio: « an maritalis honor. vel affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ considerata, perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium. » Vuol dire che se in tale condizione di cose l'uomo si fosse ricusato a tenerla come moglie, sarebbe incorso nella pena ricordata da Marciano.¹

Altra condizione che si richiedeva perchè il rapporto sessuale potesse riguardarsi quale concubinato, era che l'uomo non fosse ad altra donna congiunto in legittime nozze. « Eo tempore (così Paolo R. S. 5 II, 20 § 1) quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. » Prima delle leggi Giulie, fosse o non fosse ammogliato l'uomo che teneva relazione con una donna, non faceva divario quanto al caratterizzare questa relazione: si sarebbe sempre trattato di cosa turpe, che avrebbe potuto assumere la qualità di crimine secondo la condizione della donna. Perciò i nomi di *pel-*

¹ Vid. *Heinecc.* ad Jul. et Pap. Popp. Lib. 2 cap. 4 § 4.

lex, e di *concubina* li vediamo indifferentemente usati dagli scrittori di epoca precedente tanto a designare la donna che vive in relazione concubinaria con un uomo libero, quanto quella che convive con uno avente moglie.¹ Ma dacchè il concubinato si elevò ad istituzione riconosciuta, dacchè « *per leges nomen assumsit*, » la donna convivente con uomo libero non fu più detta *pellex*: questo nome rimase col primitivo significato di turpitudine; si disse invece *amica*, o *concubina*; e questa voce assunse significato di onestà almen relativa. Paolo accenna a queste variazioni nel fr. 144 de v. s. 50, 16, là dove riferendosi al libro *Memorialium* di Massario scrive, « *pellicem apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari.* »

Del resto, come il matrimonio romano era monogamico, così ancora il concubinato si riguardava come unione esclusiva. Non è già che in tanta corruttela di costumi non occorressero frequenti gli esempi d'uom che vivesse con parecchie donne. Anche Tacito² ci narra di quel triste capitano Fabio Valente che lento camminava alla guerra con mandrie d'eunuchi e concubine, « *multo ac molli concubinarum spadonumque agmine.* » E altrove³ ci descrive la morte dell'infame Sofonio Tigellino, che avuto dall'imperatore il comandamento di morire, pose termine ai suoi giorni segandosi la gola tra le sue concubine, tra baci e

¹ V. Heinecc. loc. cit. § 3.

² Hist. III, 40.

³ Ibid. I, 72.

brutte dimore, « inter stupra concubinarum et oscula et deformes moras. » Ma cotali consuetudini di vita si avevano per turpe cosa, e il nome di concubinato, quale istituzione permessa ed autorizzata dalle leggi, male si sarebbe ad esse applicato. Così Giustiniano, mentre colla Novella 18, cap. 5 accordò certe facoltà all' uomo che vivendo in concubinato ha avuto prole, si affrettò a soggiungere che cotali facoltà non concedeva a colui, che « multitudinem habet concubinarum fornicantium; nos enim (com' egli si esprese) non præbemus luxuriantibus, sed caste viventibus legem. »

Che era adunque il concubinato secondo queste idee? Una istituzione che dal matrimonio si distingueva per molti effetti giuridici, ma che pure vi si accostava per molti rapporti, e ne ritraeva fino a un certo punto l'immagine. Certo, la concubina non partecipava alla dignità del suo compagno di vita: del concubinato non avreste potuto dire che contenesse « individuum vitæ consuetudinem, » ed importasse la « divini et humani juris communicatio. » L' idea di dote non vi potea figurare: il divieto di donazioni tra conjugi non trovava applicazione: il suo scioglimento non aveva i caratteri del divorzio: i figli seguivano la condizion della madre, nè il rapporto della *patria potestas* era applicabile ad essi: ma pure erano in ben altra condizione che gli spurii, o *vulgo concepti*, che Modestino così definiva (fr. 23 de st. hom. 1, 5) « qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent quem habere non licet. » Paolo riassume in questa formola (R. S. II. 20) il concetto della somiglianza e della distinzione tra concubinato e matrimonio: « concubina

igitur ab uxore solo dilectu separatur. » E' altrove (fr. 4, h.) « concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet. » Ulpiano (fr. 49 § 3 de leg. 3, 32): « parvi autem refert uxori an concubinæ quis leget, quæ ejus causa comparata sunt; sane enim, nisi dignitate, nihil interest. » E gl' imperatori Teodosio e Valentiniano qualificano il concubinato di « *inæquale conjugium* » nella L. 3 C. de nat. lib. 5, 27. Sicchè ben disse il *Maynz*¹ che cotale istituto presenta grande analogia col matrimonio morganatico dei tempi moderni.

E questo istituto sfidò l'azione del tempo, ed arrise ad uomini insigni. Di Vespasiano ci narra Svetonio,² che rimasto vedovo visse in concubinato colla liberta Cenide, e che anche diventato Imperatore l'ebbe « *pæne justæ uxoris loco*. » Di Antonino Pio Giulio Capitolino³ ricorda che, perduta la moglie Faustina, si unì in concubinato ad altra donna. E il saggio Marco Aurelio, vedovo e ricco di prole, non a nuove nozze passò, ma prese per concubina la figlia del procuratore di sua moglie, per non dare una matrigna ai proprii figli, « *ne tot liberis novercam superduceret*, » come dice lo stesso Capitolino.⁴ L'Imperatore Alessandro, a testimonianza di Lampridio,⁵ espressamente concesse ai Presidi di provincia, che non avesser moglie, di tenersi una concubina, « *quod sine his esse non possent*. » E quanto a

¹ Cours de Dr. Rom. § 408. — Vid. et *Schupfer* La Famiglia secondo il D. R. pag. 19 e segg.

² In vita Vespas. c. 3.

³ In vita Antonini c. 8.

⁴ In vita Marci c. 29.

⁵ In vita Alexandri c. 13.

privati, occorrono frequenti nel testo gli esempi di lasciti fatti a concubine colle più calde parole di affetto da parte di testatori che n'erano rimasti contenti. Così Paolo ricorda quel tale che alla concubina lasciò ricco legato con queste parole (fr. 35 pr. de aur. et arg. leg. 34, 2), « Titiae, amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo. » E Papiniano ricorda, nel fr. 16 § 1 de his quae ut ind. 34, 9, il testamento di un Cocceo Cassiano « clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat. ¹ »

E la religione si cambia: al paganesimo sottentra la religione cristiana. Ma il concubinato sfida anche questo cambiamento, e continua a figurare come istituzione autorizzata nelle leggi dei cristiani imperatori. È di Costantino la L. un. C. de conc. 5, 26, che col vietare il concubinato a chi ha moglie, « nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere, » lo permette agli scapoli, e ai vedovi. È di Teodosio e Valentiniano la L. 3 C. de nat. lib. che vi ho più sopra citata. È di Giustiniano la L. 3 C. comm. de man. 7, 15, che richiama l'antica massima la quale ai non ammogliati soltanto permetteva il concubinato, « hominibus etenim uxorem habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere, nec antiqua jura nec nostra concedunt. » È di Giustiniano ancora da L. 5 C. ad Sc. Orphit. 6 57 che il concubinato qualifica di « *licita consuetudo*. » Ed è dello stesso Imperatore la surrichiamata Novella 18, in cui si proclama sufficientemente casto chi vive con una sola concubina, riservati gli odii del

¹ Vid. Heinecc. loc. cit. § 4.

legislatore a colui che « multitudinem habeat concubinarum fornicantium; odibilis quidem nobis est iste.¹ »

Bisogna discendere fino al tempo di Leone detto il Filosofo, cioè al fine del nono e principio del decimo secolo, per trovare legislativamente proscritto il concubinato. Questo egli fece colla sua Novella 91, che ebbe valore solo in Oriente. Riguardò egli come contraria a religione e a morale la legge che il concubinato permetteva, e disse « itaque lex illa in æternum sileto: » e rivoltosi ai suoi sudditi così li venne catechizzando: perchè potendovi dissetare alle pure fonti del matrimonio, preferite il fango? « qua ratione, cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis? » E se non avete la fonte pura, fatene senza: « tunc tametsi fontem non habeas, rebus tamen vetitis uti non potes. » Del resto, trovare da ammogliarsi non è poi difficil cosa: « cæterum vitæ consortem invenire difficile non est. »

Io non so se Leone riuscisse a persuadere i suoi sudditi, e se il concubinato, cancellato come istituzione dalle leggi, esulasse pure dalla pratica della vita reale. Quello che so è che in Occidente lungo e ben lungo tempo ancora ci volle prima che le leggi togliessero al concubinato il carattere di istituzione permessa. Anzi (e questa è ben strana cosa avvertita dal *Maynz*²), la stessa Chiesa, non ostante la ostile dottrina di parecchi Padri, lo tollerò per non breve periodo di tempo. Potete riscontrare, o Signori, nel Decreto di Graziano (P. I, dist. 34) due capitoli, il 4 e il 5, i quali contengono l'uno un ca-

¹ Vid. *Gibbon Decl. and fall of the R. Emp.* ch. 44.

² Cit. § 408 nota 25.

none del Concilio di Toledo, anno 400, che vieta si tenga, a un tempo e moglie e concubina, ma permette « unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ut ei placuerit, conjunctionem: » l'altro un passo d'Isidoro Vescovo di Siviglia, che a mezzo il secolo settimo così si esprime, « christiano non dicam plurimas, sed nec duas simul habere licitum est, nisi unam tantum, aut uxorem, aut certe loco uxoris, si conjux deest, concubinam. »

Ed ora brevemente della condizione dei figli *naturali*, cioè dei figli nati da concubinato. Seguivano essi, già ve lo accennai più sopra, la condizione della madre, secondo la regola generale ricordata da Celso nel fr. 19 de st. hom. 1, 5, che solo « quum legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur. » Ammesso però come *licita consuetudo* il concubinato, è da credere che quel dritto agli alimenti che Ulpiano riconosce loro in confronto della madre (fr. 5 § 4 de agn. et al. lib. 25 3), potessero farlo valere anche a fronte del padre loro. Ciò può desumersi ancora (come osserva il Voet¹) dall'*auth. ex complexu* C. de inc. et in. nupt. 5, 5, tratta dalla Nov. 89 c. ult. di Giustiniano, ove si nega il dritto di alimentazione « nec alantur a patre, » ai figli nati da nefarii od incestuosi congiungimenti, « qui nec naturales sunt nominandi. » Crudele disposizione che fu poi corretta dal Gius Canonico:² ma che appunto per la discretiva che induce tra questi e quelli lascia arguire pei *naturales* un dritto agli alimenti anche in confronto del padre.

Per ciò che concerne i rapporti patrimoniali, Costan-

¹ Ad Pand. lib. XXV, tit. 3, n. 5.

² Cap. 5 Decr. de eo qui duxit ux. 4, 7.

tino spiegò una grande severità verso i figli nati da concubinato: e colla L. 1 C. de nat. lib. 5, 27 vietò ai senatori di far donazioni o lasciti ad essi. Ma Valentiniano I fu più mite, e, senza distinzione di senatori o plebei, permise a chiunque di far donazioni o lasciti ai proprii figli naturali sino a una certa misura: cioè fino al dodicesimo del patrimonio, se vi sono legittimi discendenti o ascendenti: sino a tre dodicesimi « usque ad tres uncias » in caso opposto. Risulta dalla L. 3, C. Th. eod. tit. 4, 6. Poi segue un periodo di oscillazioni: e avete una legge di Arcadio e di Onorio (L. 5, D. Th. eod.) che ritorna al sistema rigoroso di Costantino: e un'altra dei medesimi (la 6^a) che riproduce con qualche modificazione la valentiniana. E da capo nuovo rigore da parte di Teodosio I e di Valentiniano II (L. 7 C. Th. eod.): poi ritorno al sistema liberale colla L. 8, eod., degli stessi Imperatori. Finalmente Giustiniano largheggiò ancora: e colla L. 8 C. de nat. lib. portò a *sex uncias* la vecchia misura: e colla Nov. 18 cap. 5, che ho avuto più sopra occasion di citare, accordò loro anche un diritto successorio, pel caso che il padre morisse intestato, non lasciata prole legittima, e tale diritto estese a « duas uncias paternæ substantiæ, quotcumque fuerint liberi, cum matre dividendas. ¹ »

Un'ultima cosa debbo qui richiamarvi: ed è la possibilità di dare condizione di legittimi ai naturali, per una di quelle maniere che vi spiegai trattando dei modi coi quali s'acquista la *patria potestas*. Nel quale propo-

¹ V. et Nov. 89, c. 12, — *Maynz* loc. cit. — Vid. *Gothofr.* ad L. 1, C. Th. de nat. lib. 6. — *Troplong* de l'inf. du christ. sur le dr. civ. des rom. Liv. 2 ch. 8.

sito ho a farvi notare le fasi che subì la facoltà di arrogare un figlio naturale. Non vi era a ciò impedimento in antico: anzi l'imperatore Anastasio espressamente ammise cotale facoltà nella L. 6 C. de rat. lib. Ma Giustino la disdisse colla L. 7 eod. e Giustiniano in due Novelle, la 74 c. 3, e la 89 c. 7 § 2 seguì le tracce dello zio. « Volumus igitur (così egli si esprime nel primo dei citati luoghi) ut illa quoque (cioè la costituzione di Giustino) in suis terminis maneat, quoniam castitati accurate studuit, neque decet ea, quæ recte explosa sunt, rursus in rempublicam revocare. » E nel secondo, ciò riconfermando, disse che le adozioni dei naturali sono da proibire « utpote plurimum absurditatis habentes, atque naturales sine discrimine tamquam advenas quosdam ad jus legitimorum adducentes. »

Voi ricordate, o Signori, quello che vi accennai come programma nel primo discorso che ebbi l'onore di pronunciare. Vi promisi di esporvi la teoria romana concernente temi della *famiglia*, e del diritto delle *successioni* nella loro duplice manifestazione di *testamentaria* ed *intestata*. Ed accennando a quanti e quanto gravi istituti avrem dovuto abbracciare colle nostre indagini, vi dissi che del *matrimonio* avremmo studiato la natura, le vecchie e nuove forme, le condizioni di sua validità, gli effetti suoi: nè avrem pretermesse le leggi concernenti gli sponsali, e il divorzio, e le seconde nozze, e le singolari disposizioni delle celebri leggi *de maritandis ordinibus*: è quel che s'attiene al concubinato, e quel che riguarda la sorte dei figli naturali, di

questi infelici che portano il peso di colpa non loro. Della *patria potestas* vi dissi che avremmo studiato i modi onde si acquista, e onde si perde: e il contenuto di essa quanto alle persone e quanto ai beni, quel contenuto che faceva dire ai romani « nulli alii sunt populi qui talem in filios habeant potestatem, qualem nos habemus. »

Tutta questa prima parte del corso abbiamo ora compita, ed io mi lusingo di avere, quanto era da me, dato un non inutile impulso ai vostri studj, di avervi invogliati a meditare sui nostri classici, di aver gettato dei semi che dovranno fruttificare. Già vel diceva, io non posso in questi importantissimi studj che esservi modesta guida: il più dee farlo la vostra cooperazione intelligente e solerte. Non ho che a lodarmi dell'assidua e sostenuta attenzione che a questa prima parte del corso avete prestata. Conto sullo stesso diligente e grave contegno per la parte seconda a cui ci volgeremo nella ripresa delle lezioni, e in cui vi verrò enucleando alcuni dei più interessanti temi del Diritto Successorio.

INDICE

LEZIONE I.

PROLUSIONE AL CORSO	Pag. 1
-------------------------------	--------

LEZIONE II.

DEL MATRIMONIO.

(Dig. XXIII. 2.; Cod. V. 4.; Inst. I. 10).

Indole del matrimonio. — Sua distinzione in <i>justum e juris gentium</i> : — in <i>libero e cum manu</i> . — Delineazione dell'istituto della <i>manus</i> . — Modi pei quali il marito l'acquistava sulla moglie sua.	» 15
---	------

LEZIONE III.

IMPEDIMENTI ALLE NOZZE.

Descrizione di quelli derivanti da differenza di condizione sociale. — Esposizione dei principali testi che segnano il movimento storico di essi.	» 29
---	------

LEZIONE IV.

IMPEDIMENTI ALLE NOZZE (seguito).

Delineazione dell'impedimento nascente da parentela legittima e naturale. — Esposizione dei principali testi: ed in ispecie di quelli che segnano le varie fasi dell'impedimento in ordine alle linee collaterali	» 39
---	------

LEZIONE V.

IMPEDIMENTI ALLE NOZZE (seguito).

Impedimento nascente da parentela o sol naturale, o solo civile. — Impedimento derivante da affinità. — Esposizione dei principali testi Pag. 51

LEZIONE VI.

IMPEDIMENTI ALLE NOZZE (seguito e fine).

Si discorre degl'impedimenti derivanti *a)* da mancanza di potenza generativa: — *b)* dal rapporto di tutela o cura: — *c)* da ragione di ufficio: — *d)* da ragione di crimine: — *e)* da religione » 63

LEZIONE VII.

AUTORIZZAZIONE ALLE NOZZE.

Consenso dell'avente patria podestà, richiesto alla validità delle nozze. — Confronto dell'istituto romano col moderno. — Effetto del mancato consenso. — Effetto del consenso preposterato. — Disposizioni relative al matrimonio di donna *sui juris* . . » 77

LEZIONE VIII.

SPONSALI.

(Dig. XXIII. 1.; Cod. V. 1).

Antiche forme, semplificate dappoi. — Condizioni per la validità degli sponsali. — Effetti giuridici dei medesimi. — Libera facoltà di scioglierli: diritto antico: diritto nuovo » 91

LEZIONE IX.

DIVORZIO.

(Dig. XXIV. 2.; Cod. V. 17).

Antica legislazione romana in proposito. — Frequenza dei divorzii negli ultimi tempi della repubblica e nei primi dell'impero. — Freni posti dalle leggi di Augusto: scarsi effetti raggiunti. — Legislazione degl'imperatori cristiani, a cominciare da Costantino. — Contegno della Chiesa in quei primi tempi. — Breve raffronto dell'istituto del divorzio e di quello di separazione personale dei coniugi Pag. 105

LEZIONE X.

SECONDE NOZZE.

(Cod. V. 9).

Disfavore con cui in antico erano riguardate le seconde nozze della donna. — Termine entro cui non era lecito ad essa di passare a nuovo conjugio dopo la morte del marito. — Motivo del divieto: cambiato dappoi. — Conseguenze del cambiamento. — Effetti della contravvenzione. — Leggi successive che per la binuba e pel binubo statuirono restrizioni a vantaggio della prole di primo letto » 121

LEZIONE XI.

ECCITAMENTI LEGISLATIVI ALLE NOZZE.

Varie disposizioni miranti a render frequenti i conjugii: e specialmente, Leggi Giulia e Papia Poppea » 135

LEZIONE XII.

DELLA DOTE.

(Dig. XXIII. 3.; Cod. V. 12).

Idea generale della dote. — Persone che possono costituirla.
 — Distinzione della profettizia dall'avventizia. — Persone tenute
 a dotare Pag. 149

LEZIONE XIII.

DELLA DOTE (seguito).

Modi di costituzione della dote. — Responsabilità che in-
 contra il costituente pel caso di evizione » 165

LEZIONE XIV.

DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote durante il conjugio — Misure adottate
 dal Diritto Romano a sicurezza della dote. » 181

LEZIONE XV.

DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote durante il conjugio (seguito). — Diritti
 del marito su di essa. » 197

LEZIONE XVI.

DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote a matrimonio disciolto. — Periodo del-
 l'epoca classica del gius romano. (Dig. 24. 3. sol. matr.; Cod. 5.
 18.; Ulp. Fragm. tit. 6.) » 215

LEZIONE XVII.

DELLA DOTE (seguito).

Destino della dote a matrimonio disciolto (seguito). — Diritto giustiniano (L. un. C. de rei ux. act. 5. 13) Pag. 231

LEZIONE XVIII.

DELLA DOTE (seguito e fine).

Destino della dote a matrimonio disciolto (seguito). — Oggetto della restituzione » 247

LEZIONE XIX.

DELLA PATRIA POTESTAS.

(Dig. I. 6.; Cod. VIII. 46; J. I. 9).

Contenuto ed indole di questo istituto in Diritto Romano. — *Jus vitæ et necis*. — Graduale limitazione. — Definitiva scomparsa » 263

LEZIONE XX.

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito).

Contenuto ed indole di questo istituto (seguito). — Fasi che subì la facoltà di esporre, di vendere, di dare a nozze i figli . . . » 281

LEZIONE XXI.

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito).

Contenuto ed indole di questo istituto (seguito). — Facoltà relative al *jus familiæ*: al *jus successionis*: al *jus bonorum*. Diritto antico: variazioni successive » 297

LEZIONE XXII.

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito).

Modi onde si acquista. — *a)* Procreazione per via di legittime nozze. — *b)* Maniere che si rannodano all'acquisto della *civitas*. — *c)* Legittimazione. Pag. 315

LEZIONE XXIII.

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito).

Modi d'acquisto (seguito). — *Adozione* (Dig. de adopt. l. 5; C. 8. 48; J. I. 11). » 333

LEZIONE XXIV.

DELLA PATRIA POTESTAS (seguito e fine).

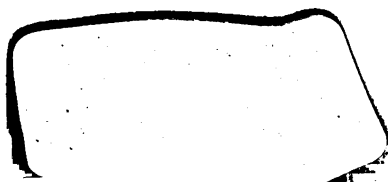
Dei modi onde si estingue: e specialmente dell'*Emancipazione*. — (Dig. l. 7; Cod. 8. 49; J. I. 12). » 349

LEZIONE XXV.

DEL CONCUBINATO

E DELLA CONDIZIONE DEI FIGLI NATURALI.

(Dig. XXV, 7. — Cod. 5, 26 e 27) » 365



EY LCG ULm
Lezioni su temi del jus famili
Stanford Law Library



3 6105 043 623 938

THE
JOURNAL OF THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE

VOL. LXXV
PART I
1945

THE
JOURNAL OF THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE

VOL. LXXV
PART II
1945

THE
JOURNAL OF THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE

VOL. LXXV
PART III
1945

THE
JOURNAL OF THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE